

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

JOSÉ CARLOS NICOLA RICCI

**O EXAME DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO
JUDICIÁRIO**

MARÍLIA
2013

JOSÉ CARLOS NICOLA RICCI

O EXAME DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO JUDICIÁRIO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

Orientador:

Prof. Dr. TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JUNIOR

MARÍLIA
2013

RICCI, José Carlos Nicola.

O exame do mérito do ato administrativo pelo judiciário / José Carlos Nicola Ricci; orientador: Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior. Marília, SP: [s.n], 2013.
86 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Marília, 2013.

1. Direito Administrativo; 2. Ato Administrativo; 3 Controle Judicial; 4. Ativismo Judicial; 5. Princípio Administrativo.

CDD:

JOSÉ CARLOS NICOLA RICCI

O EXAME DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO JUDICIÁRIO

Banca Examinadora da dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: Aprovado

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa L. Junior

1º EXAMINADOR: _____

Profª. Iara Rodrigues de Toledo

2º EXAMINADOR: _____

Prof. Ilton Garcia da Costa

Marília, 03 de agosto de 2013.

Ao meu tio e Professor Dr. Luiz
Vieira Carlos, por ter me iniciado
com sabedoria, paciência e
simplicidade o ofício da advocacia.

Agradeço aos meus pais, Walter e Lucrécia, pela onipresença amor e incentivo.

Ao meu Professor e Orientador Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior, Professora Dra. Iara Rodrigues de Toledo e Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa, pelos valiosos apontamentos, sugestões e pela troca franca de ideias, que constituiu para mim um produtivo diálogo ao trabalho final.

Ao Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM e ao Programa de Mestrado em Direito. Agradeço em especial à Secretaria do Mestrado, que no decorrer de uma longa convivência, me proporcionou um amplo ambiente acadêmico. Este agradecimento estende-se aos amigos do Mestrado e às secretárias Leninha e Taciana, pelo inestimável auxílio em vários momentos.

Ao Professor Dr. Lafayette, pela atenção, presteza e orientação dispensada na construção deste trabalho. A todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a realização desta Dissertação e comigo participaram desta caminhada.

“Vós, Tribunal Supremo fostes instituído para guarda dos direitos individuais, especialmente contra os abusos políticos; porque é pelos abusos políticos que esses direitos costumam perecer. Para amparar essa categoria de direitos contra os excessos de origem particular, contra as invasões de caráter privado, não careceríeis dessa prerrogativa, a função específica do vosso papel, que vos manda recusar obediência aos atos do Governo, ou às deliberações do Congresso, quando contravierem à Carta Federal. Logo, senhores juízes, a circunstância de abrigar-se em formas políticas o atentado não o subtrai ao vosso poder equilibrador, se uma liberdade ferida, negada, conculcada pelo governo, se levanta diante de vós, exigindo reparação.”

“Rui Barbosa”

RICCI, José Carlos Nicola. **O exame do ato administrativo pelo judiciário**. 2013. 62 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, 2013.

RESUMO

A presente Dissertação tem como pesquisa a área da Teoria do Direito e do Estado e será abordado ao transcorrer do estudo na linha de pesquisa da Construção do Saber Jurídico. A discussão sobre os limites do poder judiciário em relação à sua interferência em decisões administrativas. A partir disso, surge-nos a indagação: terá o administrador a discricionariedade nas suas atribuições que lhe foram conferidas ou todos os seus atos serão analisados e até alterados pelo judiciário? Por ser uma questão polêmica, que abrange diferentes esferas, sua interpretação perpassa desde os princípios descritos no artigo 37 da Constituição Federal, dentre os quais pode citar o princípio da legalidade, conveniência e oportunidade até chegarmos ao Ativismo Judicial, no qual percebe-se claramente mais uma usurpação do poder judiciário em fase do legislativo, onde são visadas decisões de cunho meramente político, removendo toda a eficácia da Carta Política de 1988, sendo elaboradas leis sem as devidas formalidades constitucionais que lhe foram impostas. Encontra ainda diferentes questões nas quais o judiciário intervém nas decisões dos atos administrativos até chegar ao ponto cerne desta Dissertação. Tal ponto diz respeito ao mérito do ato administrativo. Dessa forma, será analisado o que é o mérito administrativo, a sua competência, objeto, finalidade, motivação, dentre outros princípios norteadores para que o judiciário, sendo que um vício formal ou material, terá poderes para adentrar no mérito e decidir sobre a questão em discussão. Lembrando que existem também os limites que o judiciário poderá atingir, e essa questão será analisada em casos específicos desde a sua criação até o ato ilegal e arbitrário impugnado pelo prejudicado. Por fim, almeja-se nesta Dissertação, realizar um esboço sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos, por onde tal controle envolve também os atos discricionários. Assim, o judiciário não tem poderes ilimitados, não podendo suprir a seara administrativa pelo seu próprio arbítrio, mas em nome dos princípios descritos na Constituição Federal, sendo que os precedentes devem ser considerados pela Administração, salvo exceções justificadas claramente, como será amplamente abordado na presente Dissertação.

Palavras-Chave: 1. Direito Administrativo; 2. Ato Administrativo; 3 Controle Judicial; 4. Ativismo Judicial; 5. Princípio Administrativo.

RICCI, José Carlos Nicola. **O exame do mérito ato administrativo pelo judiciário**. 2013. 62 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, 2013.

ABSTRACT

The present work verses up the moment the judiciary power can interfere on the administrative mesuares, that is, will the public administrator be able to have a discricionarity of his atributions that where given, or your acts will be analyzed and even altered by the judiciary power? For being such a polemic question between different spheres of the state, it turns out to interpreted since the principles written on article 37 of the Constitution, among then, the principle of legality, convenience and opportunity, till, what we call a “Judicial Activism”, clearly a usurpation of the judiciary power in face of the legislative power, where, unfortunately concentrers only on political interests, removing all the applicability of our Constitution, that being, laws are made without its regular constitutional formalities imposed by it. We may find different questions about wich moment the judiciary will interfeared on the decisions of the administrative decisions, going thru the definitively judged administrative decisions till we get to the key point of this present work , the merit of the administrative act. To conclude what is the administrative merit, its competence, object, finality, motivation, among others principles for the judiciary, when realizes the formal and material irregularity, is able to analyze the matter. Its important to remember that the limits imposed to the judiciary powers will be able to judge, and the question will be analyzed on specific cases from the reation of the act, till the illegal and arbitrary act impuged by the. To finish, the present work tries to make stablishe the control of the judiciary of the administrative acts

Keywords: 1. Administrative Right; 2. Administrative Act; 3. Judicial Control; 4. Judicial Activism; Principle Administrative.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 - DO ATO ADMINISTRATIVO E ATO DA ADMINISTRAÇÃO	18
1.1 Dos princípios constitucionais do direito administrativo	20
1.2 O mérito do ato administrativo	23
1.3 Classificações dos atos administrativos.....	25
1.4 Invalidades dos atos administrativos	32
1.5 Controle jurisdicional do ato administrativo	40
1.6 Coisa julgada administrativa e a reparação do dano.....	41
CAPÍTULO 2 - ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	48
2.1 Compreendendo o Ativismo Judicial	50
2.2 O Ativismo Judicial propriamente dito	52
2.3 A capacidade institucional do Judiciário e seus limites	62
CAPÍTULO 3 - POSSIBILIDADE DO CONTROLE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO JUDICIÁRIO.....	65
3.1 A Discricionariedade no âmbito do Pós-Positivismo.....	66
3.2 O Mérito do Ato Administrativo e suas peculiaridades.....	69
3.3 Os Princípios da oportunidade e conveniência no mérito administrativo.....	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
REFERÊNCIAS	83

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco a área da Teoria do Direito e do Estado e será estendido ao longo do estudo em referência a linha de pesquisa da Construção do Saber Jurídico, da qual se buscará aclarar critérios e métodos de interpretações jurídicas e diversas decisões dos Tribunais, verificando-se os limites de intervenção do Poder Judiciário sobre o âmbito administrativo, agindo diretamente no mérito de suas sentenças.

O exame do mérito do ato administrativo pelo judiciário, tema em que será discutido na presente Dissertação, está no meio jurídico desamparado, muitas vezes repudiado e com decisões conflitantes, principalmente na esfera do Poder Judiciário em contrapartida do administrativo, existindo diversos trabalhos descritos sobre o assunto, mas ainda restam dúvidas que pairam sobre a sua aplicabilidade nos fatos reais.

Todavia, esta Dissertação analisa a possibilidade de controle jurisdicional do mérito dos atos administrativos pelo judiciário. Estes atos apresentam elementos não regradados no ordenamento jurídico, dependentes do juízo de conveniência e oportunidade do administrador público. Esses objetos são denominados o mérito do ato administrativo, como será discutido em um capítulo específico.

Ademais, por muito tempo, no Brasil, o mérito dos atos administrativos foi entendido como intocável pelo Poder Judiciário, imune à apreciação jurisdicional. Essa vedação ocorria por alguns juristas/administrativistas por entenderem ser este de competência exclusiva do Poder Executivo. Logo, o controle jurisdicional estava limitado e restrito à análise da sua legalidade.

Assim, um novo paradigma vem se estabelecendo na doutrina e na jurisprudência brasileira. O Estado Democrático de Direito deixa de lado o formalismo do Positivismo Jurídico, que se preocupava apenas com a legalidade estrita. Atualmente, busca-se retornar ao Estado de Direito, observando-se o Direito como um todo, que compreende regras e princípios normativos.

Nestes termos, os princípios assumem um desempenho principal nesse novo modelo e que será analisado em um tópico exclusivo para delineando melhor a sua presença e emprego nas decisões, seja na esfera administrativa como nas judiciais.

Muitos dos princípios chegam a ser normatizados, com previsão expressa na lei, em especial ao artigo 37 da Constituição Federal. Antes entendidos como subsidiários às regras contidas no ordenamento jurídico, mas que hoje os princípios fazem parte do conceito de

Direito e devem ser observados com muita cautela. Eles trazem consigo valores primordiais do Estado Democrático de Direito, como justiça social, moralidade e ética.

Daí vem a noção de juridicidade, que busca adensar as regras aos princípios explícitos e implícitos do Direito, como um alargamento do princípio da legalidade e moralidade, dentre outros de notável importância na sua aplicabilidade nos atos administrativos e judiciais.

O mérito do ato administrativo sofre reflexos com a interpretação das normas e aplicabilidade dos princípios. Antes, detentor de ampla liberdade, por não estar regrado em lei, atualmente ele suporta mais limitações, ao ter de observar os princípios do Direito.

Neste contexto, amplia-se a possibilidade de controle jurisdicional, sendo que o Poder Judiciário passa a exercer um controle de juridicidade da Administração como um todo, inclusive do mérito de atos do administrativo.

Verifica-se que certos atos, dependendo de sua natureza, poderão ser anulados na sua totalidade pelo Poder Judiciário, contudo em diversas questões, alguns atos administrativos não serão atingidos pelas decisões dos magistrados, principalmente em casos de cunho exclusivamente administrativo, obedecendo apenas às prerrogativas do Executivo.

Assim, em breve síntese, o ato administrativo pode ser constituído também como uma espécie de ato jurídico, embora por exceção, surja da iniciativa de uma autoridade pública em outros poderes, no que tange a matéria administrativa, sendo que em casos de extrema anomalia, será provida por pessoa física, que tem por objeto a matéria administrativa, assim definido por Cretella Júnior:

Ato administrativo é a manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.¹

Discussão que deverá ser abordada de maneira bem distinta e restritiva quanto a sua aplicabilidade, até em questões de ilegalidade e abuso de poder, sendo que o ato administrativo deverá ser revogado ou anulado, resta saber qual o momento em que este ato considerado ilegal ou arbitrário poderá ser cancelado e por qual Poder; Executivo ou Judiciário?

¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

A discricionariedade que o poder público exerce em suas atribuições, em sua maioria é conhecida pelo mérito, pois este é o elemento integrante da configuração do ato administrativo, mesmo que não seja propriamente um dos motivos essenciais para a sua validação.

Para tanto, entender que no ato discricionário, o motivo e o objeto estarão sempre ligados ao mérito da questão, é concluir que o mérito está ausente e afastado dos atos vinculados, o que é uma incoerência.

Ademais, estaria invadindo o princípio da legalidade dos atos administrativos, caso a administração levasse em conta a conveniência e a oportunidade na edição de atos vinculados, que conseqüentemente por se tratar de mérito, este considera um fator necessário na estrutura do ato administrativo discricionário, mas não absoluto.

Em casos de ato discricionário, sempre é apreciado o mérito da questão, pois existe hipótese que o judiciário não poderá apreciar, ou apenas que torne nulo o ato considerado ilegal aos elementos do ato administrativo, como por exemplo, uma promoção por merecimento, em que este ato só poderá ser concretizado ou não por pessoa com competência para realizar esta decisão.

Diferentemente do ato discricionário, o ato vinculado, pela existência de motivos predeterminados, principalmente pela presença do mérito, o administrador fica restrito, não podendo optar por uma ou outra conduta, engessando a sua forma de atuação e sendo obrigado a direcionar as atribuições que lhe foram conferidas.

Em momento posterior, ressalta as mais diversas interpretações sobre a anulação e anulabilidade, com efeito, quais os atos administrativos que serão reformados pelo judiciário e quais atos não podem modificar, ou até que momento poderá torna um ato administrativo nulo, inválido, inexistente ou anulável.

Pairam dúvidas e principalmente a insegurança jurídica sobre até qual o limite da discricionariedade do ato administrativo poderá sobrepor em uma decisão do judiciário. Entretanto na Constituição Federal, aduz em seu artigo 5º inciso XXXV “*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.²

Neste contexto, entende-se que até o momento, dependendo do período da ilegalidade e do ato administrativo, o judiciário poderá intervir sobre qual a legalidade do ato administrativo, lembrando que em diversos processos administrativos, o indivíduo discutindo a matéria na seara administrativa, ao aderir ao judiciário, deverá abster-se do âmbito

² BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

administrativo para evitar decisões conflitantes e controvérsias sobre determinado litígio, onde, por exemplo, na esfera tributária, optando o contribuinte pela adesão ao programa de parcelamento, tanto na esfera municipal, estadual ou na federal, se faz necessário à renúncia dos processos judiciais para a sua adesão, o que poderia de outra forma, apenas como uma ressalva, ficar sobrestado os autos aguardando a sua finalização com a última parcela quitada, por ser medida do livre acesso ao judiciário, sendo que esta imposição de renúncia ao direito postulado pelo contribuinte torna-se um ato arbitrário e ilegal, inobstante isso, esta tese não é aceita pelos órgãos administrativos.

Cumprir examinar, neste caso que o ato administrativo é considerado um conjunto de cinco elementos básicos, constitutivos da manifestação da vontade da Administração, quais sejam: o *agente*, *objeto*, *forma*, *motivo* e *fim*.

De qualquer maneira, mister explicar os conceitos dos elementos acima aludidos como forma de facilitar a sua abrangência e obrigatoriedade na aplicação de normas administrativas.

Neste momento, entende-se por *agente* a forma mais ampla e genérica aos sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade por ação, ainda quando o façam ocasionalmente.

O *objeto* por sua vez, deve necessariamente ser lícito ter previsão em lei e não contrário ao ordenamento jurídico, pois não poderá confrontar com os interesses da administração pública e dos indivíduos.

Para conceituar a *forma* se faz necessário especificar o modo pelo qual o ato deve ser externado, cumprindo que o seja de uma determinada maneira, seguindo a aparência, de modo específico, próprio e orientado pelas normas legais.

Enquanto que o *motivo* é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato, sendo externo ao ato. Interessante ressaltar que o *motivo* pode ser previsto em lei ou não. Pois quando previsto, o agente só pode praticar o ato se houver ocorrido a situação prevista e em caso contrário, quando não há previsão legal, o agente público tem a liberdade de escolha da situação, qual seja, o *motivo*, em vista da qual editará o ato.

A propósito, o *fim*, é o bem objetivado pelo ato. Sendo assim, é considerado o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, considerando o alcance dos objetivos por ele comportados, ou seja, é o objetivo inerente à categoria do ato, sendo que para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei.

Em decorrência destes elementos básicos, vale ressaltar pelo brocado utilizado pelos processualistas, como cita Fagundes: “*defeito nenhum existe tão grande quanto o da capacidade*”.³

Conclui-se assim com este entendimento que a *capacidade*, ou incapacidade do agente, torna o ato ilegal e conseqüentemente o seu aniquilamento é dizer que a capacidade do agente é motivo predominantemente inserido no agente público para que este tenha validade nas suas atribuições e cargos que lhe foram conferidos.

Em referência ao princípio da legalidade nos atos administrativos, em linhas gerais, deverá ser considerada uma norma “cogente”, ou seja, indispensável para a administração pública e por dedução é imperioso a sua aplicabilidade em todos os atos administrativos, caso contrário, será considerado ato ilegal e assim gerará penalidades para o administrador ou quem o praticou.

Portanto, pode-se dizer que o ato administrativo somente é válido quando foi expedido em conformidade com as exigências do sistema normativo e assim encontra-se adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Conclui-se pela adequação do ato às exigências normativas, em especial com os princípios que serão abordados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Diante das alegações ora apresentadas, será esmiuçado de forma sucinta o ato administrativo na sua essência e demais características para que o administrador possa encontrar meios suficientes e seguros adentrando em lacunas judiciais e administrativas sem ferir os princípios constitucionais, sempre operando em conformidade com a Lei.

Com as palavras do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ao nosso ver, a demonstração mais cabal e irretorquível de que existência, pertinência de uma norma a dado sistema, e validade são noções absolutamente inconfundíveis tem-se no fato de que, no exame da inconstitucionalidade *‘incidenter tantum’*, o juiz não aplica uma norma jurídica por considerá-la inconstitucional, ou seja, ‘carente de validade’, ‘inválida’, mas sem por isto a expulsa do sistema (falece-lhe atribuição para fazê-lo), o que só ocorre na ação direta de inconstitucionalidade.⁴

Em um capítulo destacado, é especificado o tema do Ativismo Judicial, afinal inicia-se no sistema jurídico, uma nova forma de “legislar”, diante de lacunas e omissões do

³ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1967.

⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito constitucional tributário**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

legislativo e a necessidade de decidir determinadas situações que o Poder Judiciário não está amparado por leis, onde o legislativo, Casa criadora das leis, agora passa a ser elaborada de forma atípica pelo Poder Judiciário em questões de grande repercussão para o país, ou muitas vezes, o que é pior, por temas meramente políticos.

Interessante observar sobre o Ativismo Judicial é o seu método contemporâneo para as normas jurídicas no país, inspirados por juristas que pretendem realizar novas adaptações à realidade do Brasil e com uma profunda ou até mesmo por uma falsa realização de “dever cumprido”.

Em análise ao tema Ativismo Judicial, o autor Paganelli, conclui de forma concisa sobre o Ativismo Judicial, expondo: “*Ante a falta de legislação, o STF e outros Tribunais têm se pronunciado sobre certas matérias que o Legislativo deveria regular*”⁵, finalizando com a atenção ao sopesamento perante os princípios constitucionais, normas e direitos fundamentais inerentes nas Leis.

Por Ativismo Judicial, o STF já pronunciou sobre vários temas de grande repercussão nacional, como por exemplos: impôs a fidelidade partidária, o direito de greve no serviço público, a proibição do nepotismo, o uso restrito das algemas, o caso Raposa Serra do Sol (demarcação de terras indígenas).

Inicia-se neste momento outra discussão sobre até qual o momento a matéria, formalidades e efeitos de um nova norma poderá ultrapassar os limites do legislativo, e usurpar o contido na Constituição Federal, onde a matéria é reservada pelo Legislativo, sendo que tal atitude faz com que se encontre constantemente na iminência de judicializar por intermédio de princípios, o que termina por lhe imprimir postura ativa na sua criação de forma descontrolada, impulsiva e muitas vezes arbitrária, gerando a insegurança jurídica.

Este cenário Institucional é alvo de uma série de críticas por parte da doutrina que consideram o Ativismo Judicial, equiparando-o integralmente com o fenômeno da “judicialização da política”, como uma invasão injustificada e arbitrária do Poder Judiciário no domínio dos outros Poderes Estatais, como uma prática antidemocrática, conforme será analisado em práticos aplicados pelo Supremo Tribunal Federal, prevalecendo sempre o uso do Ativismo Judicial com moderação e cautela e conseqüentemente cumprindo a aplicabilidade dos princípios constitucionais.

Cumprir analisar também a colocação de que a atuação do Poder Judiciário em questões de cunho político seria uma afronta ao princípio democrático, tomando-o por

⁵ PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO Junior, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Ativismo judicial: paradigmas atuais**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

absoluto, o que na verdade é uma falsa democracia mascarada de métodos ilegais para legislar sobre temas de grande interesse da população e nesse momento, deveria obter o máximo de clareza e tratamento diferenciado ao aplicar leis de forma atípica e puramente política, pois nesses casos deveriam seguir as mais rígidas aplicações para a formalização de uma nova lei.

Assim, como bem elucidado por Montesquieu,

[...] tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.⁶

No último capítulo, para fechar o presente trabalho, o tema em discussão versará sobre a possibilidade do controle do mérito administrativo pelo judiciário, concluindo sobre a existência de várias medidas que o judiciário poderá intervir e solicitar o seu desfazimento do ato, pois o que se discute é o ato defeituoso, sendo obrigatório ser revisto para conseguir ter a sua validade almejada e sem infringir as normas constitucionais.

Assim, lembrando que mesmo sendo um ato administrativo defeituoso ou irregular, este passará obrigatoriamente pela fiscalização administrativa, protegendo os direitos dos administrados sendo-lhe assegurado o bem estar da população em geral.

Este reexame, conhecido como revisão *ex officio*, sendo de competência da própria esfera administrativa, considerado como princípio da autotutela administrativa e dará oportunidade de recursos para a determinada repartição pública, aliás, como relata Cretella Júnior, em “*Críticas ao sistema da auto-revisão*”:

Quando é de iniciativa da própria Administração – revisão *ex officio* – o reexame do ato administrativo editado, é bem possível, quase certo mesmo, que se concretize o desfazimento da decisão, retirando-se da circulação o ato prejudicial. Quando, porém, se trata de iniciativa do administrado ou funcionário – revisão provocada – muito raramente o recurso recebe provimento.⁷

Por esses motivos, tem o conhecimento da frase “*juiz em causa própria*”, ou como a doutrina italiana reconhece como “*espírito de corporação*”.

O Ato Administrativo sendo examinado pelo poder judiciário, cumpre tão somente ao patrulhamento do princípio da legalidade do ato. Assim, destaca pelo cumprimento do

⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*

Judiciário analisar o Ato Administrativo em vários aspectos, principalmente a sua competência e finalidade.

Ademais, a pena disciplinar, que é ato administrativo tipicamente discricionário, aplicada em hipóteses de transgressão disciplinar, não enseja impetração do mandado de segurança, quando se trata de injustiça, irrazoabilidade, inoportunidade ou inconveniência da medida corretiva, pois são medidas unicamente administrativas que o judiciário não poderá interferir, sob pena de atravessar os poderes da administração pública, salvo por ilegalidade ou arbitrariedade na sua aplicação disciplinar.

Portanto, a discricionariedade da Administração, não pode ser usada abusivamente, sob pretexto de pena disciplinar, cabendo às devidas medidas judiciais quando impostas apenas e tão somente por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade legal.

Passadas essas considerações, o presente trabalho enfrenta em cada espécie de ato administrativo e passa por uma minuciosa e criteriosa explanação dos assuntos abordados sendo que ao transcorrer da Dissertação serão apresentados diversos casos práticos, para assim, ter a ideia e conhecimento de como a exame do mérito do ato administrativo é aplicado pelo Poder Judiciário.

CAPÍTULO 1 - DO ATO ADMINISTRATIVO E ATO DA ADMINISTRAÇÃO

Em primeiro momento, a Administração Pública realiza sua função executiva por meio de ações jurídicas que recebem a denominação particular e exclusiva de atos administrativos. Estes atos são conhecidos por sua natureza, conteúdo e forma, e acabam por diferenciar dos que derivam do poder Judiciário e Legislativo, sendo que os dois desempenham suas atribuições específicas que lhe foram conferidas pela Constituição Federal de 1988.

Assim, na atividade pública geral, três categorias de atos são inconfundíveis entre si: atos legislativos, atos judiciais e atos administrativos, o que será avaliado cada ato em suas devidas peculiaridades.

Posto isto, diante da prática dos atos administrativos cabe, em princípio e normalmente aos órgãos executivos, contudo as autoridades judiciárias e ao legislativo também os praticam restritamente, quando ordenam seus próprios serviços e prerrogativas, sendo que dispõem sobre seus servidores ou expedem instruções de matéria da sua privativa competência.

Os atos são tipicamente administrativos, embora provindos de órgãos judiciários ou de corporações legislativas, e conseqüentemente se sujeitam a revogação ou anulação no âmbito interno ou pelas vias judiciais, como os demais atos administrativos do Executivo, desde que constem irregularidades para que seja considerado inválido o ato administrativo.

Além das autoridades públicas propriamente ditas, podem os dirigentes de autarquias e das fundações, os administradores de empresas estatais e os executores de serviços delegados praticarem atos que, por sua capacidade pública, se equiparam aos atos administrativos típicos, tornando-se passíveis de controle judicial por mandado de segurança e ação popular, tais sejam as lesões que venham a produzir perante terceiros.

Nestes termos, o conceito básico de ato administrativo é fundamentalmente o mesmo do ato jurídico, no qual se diferencia como uma categoria nos dias atuais sem validade e revogada pela finalidade pública. Portanto, é considerado o ato jurídico todo aquele que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.

Partindo desta definição, o conceito do ato administrativo com os mesmos elementos fornecidos pela Teoria Geral do Direito, acrescentando-se apenas, a finalidade pública que é própria da espécie e distinta do gênero ato jurídico.

A definição de Maria Sylvia Di Pietro parte de um conceito descritivo, que abrange a Administração Pública em sentido objetivo e subjetivo, pronunciando que Direito Administrativo é:

[...] o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.⁸

Considerando o conceito acima, o ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tem por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou até mesmo de impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Essas considerações são restritas ao ato administrativo unilateral, ou seja, àquele que se forma com a vontade única da Administração, e que é o ato administrativo típico, ou seja, os atos bilaterais, que constituem os contratos administrativos e atingem os particulares de uma forma geral, como no caso de uma Licitação em conformidade com a Lei nº 12.232/2010.⁹

A condição para o surgimento do ato administrativo é que a Administração opere nessa qualidade, usando de seus princípios e da supremacia de Poder Público, visto que algumas vezes equipara-se ao particular e o ato perde a característica administrativa, igualando ao ato jurídico privado.

Assim, corrobora que o ato administrativo típico é sempre uma manifestação de vontade da Administração, no desempenho de suas funções de Poder Público, visando a produzir algum efeito jurídico, o que o distingue do fato administrativo, que, em si, é atividade pública material, desprovida de conteúdo de direito.

O fato administrativo é toda realização material da Administração em cumprimento de alguma decisão administrativa, ou seja, é a finalidade de sua materialidade, a sua aplicabilidade está visivelmente apresentável e de acordo com o seu conteúdo que lhe foi proposto, como por exemplo, a construção de um viaduto, a instalação de um serviço público, dentre outras.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁹ BRASIL. **Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010**. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12232.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

Portanto, o fato administrativo como materializa da vontade administrativa, é domínio da técnica e interessa somente ao Direito, em razão das consequências jurídicas que dele possam advir para a administração e para os administrados, pois deverá seguir a sua conduta de forma zelando pela boa-fé e sem suprir dos princípios fundamentais do direito público estampados na Constituição Federal, em especial no seu artigo 37.

O que convém estabelecer é que o ato administrativo não se confunde com o fato administrativo, se bem que estejam intimamente relacionados e muitas vezes se embaraçam pela sua própria essência, por ser esta consequência daquele, sendo que o fato administrativo resulta sempre do ato administrativo que o determina.

O exame do ato administrativo revela claramente a existência de cinco requisitos necessários à sua formação, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Restando de forma concisa, conceitua-se os requisitos acima descritos da seguinte forma: (i) *competência*: é o poder, resultante da lei, que dá ao agente administrativo a capacidade de praticar o ato administrativo; (ii) *forma*: Entende-se como forma a função única e específica da formalização prevista, em hipóteses que tais, é apenas a de uniformizar, ou seja, padronizar o instrumento de veiculação dos distintos atos administrativos; (iii) *motivo*: É a realidade objetiva externa ao agente público, sendo um antecedente exterior ao ato, que transcorre na realidade empírica, servindo de suporte à expedição do ato, ou seja deve ser prévia ou recente à expedição do ato e por fim o *objeto*: sendo este o conteúdo do ato; é a própria alteração na ordem jurídica; é aquilo que o ato dispõe.

Essas condições e requisitos, pode-se dizer que constituem a infraestrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou de gestão, mas sempre será obrigatória a presença dos componentes acima mostrados.

Ao destacar estes elementos, merecem especial análise às consequências com o efeito de certos atos, o mérito administrativo e o procedimento administrativo, meios que, embora não integram seu contexto, concorrem essencialmente para sua formação e validade.

1.1 Dos princípios constitucionais do direito administrativo

Os princípios descritos no artigo 37 *caput* da Constituição Federal de 1988, são os alicerces da Ciência, causa ou base do ordenamento jurídico. Estes apresentam suma importância para o Direito Administrativo na garantia do equilíbrio da bipolaridade “liberdade do indivíduo e autoridade da Administração”, principalmente pelo fato de ser um direito não

codificado. O Direito Administrativo apresenta princípios específicos e outros próprios também de outros ramos do direito¹⁰.

Em conformidade com o raciocínio acima destacado, ressalta no artigo 37 da Constituição Federal: “*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*”.¹¹

Com a superação do positivismo jurídico, a discricionariedade passa a ser a liberdade de apreciação do administrador público, não apenas limitada pela lei, mas pelo Direito como um todo, composto por regras e princípios normativos.

A observância dos princípios é obrigatória à Administração, constituindo parâmetros da atuação administrativa. Se contrariados princípios constitucionais, o ato administrativo constituirá vício de inconstitucionalidade. Se contrariar princípio constante de norma infraconstitucional, poderá ocorrer a invalidade do ato administrativo, sendo passível de controle pelo Poder Judiciário.

Conforme preleciona Mello,

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.¹²

Logo, ao ter que escolher uma dentre as várias opções conferidas pela lei, o Administrador Público deverá obrigatoriamente fazer seu juízo observando os princípios presentes no Direito, explícita ou implicitamente.

Os princípios atuam como garantia contra o abuso da atuação discricionária da Administração Pública, não devendo deixar de serem observados.

Quando o ato administrativo passa a ter a obrigação de atender princípios do direito, incidentes também nos seus critérios de oportunidade e de conveniência, logo nos aspectos não-vinculados do ato, aumenta o âmbito passível de controle jurisdicional. Esse controle não

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009

vem como uma forma de intervir nestes juízos pessoais do administrador público, mas como meio de mantê-los atrelados às suas condicionantes.

Bom exemplo é o dos Tribunais administrativos franceses, que apelam aos princípios para reduzir a discricionariedade da Administração Pública, controlando certos aspectos da conveniência e da oportunidade, criando regras de direito que estendem o domínio da competência vinculada e da legalidade. Esta é uma tradição de órgão criador do Direito Administrativo, de característica pretoriana, atendida pelo direito francês, o que não é o presente caso.

Atualmente, vários princípios encontram-se normatizados no texto constitucional e infra-constitucional, assumindo foros de pauta jurídica. Essa previsão de forma alguma esgota os princípios do direito brasileiro, considerando os implícitos no ordenamento jurídico.

Os princípios componentes do sistema jurídico administrativo brasileiro encontram-se explícitos ou implícitos na Constituição Federal de 1988 e em leis esparsas, sendo os princípios expressos no texto constitucional uma inovação desta Constituição.

Conforme acima citado, o artigo 37, *caput*, da Carta Magna enumerou cinco princípios que devem reger a Administração Pública: da legalidade, da imparcialidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Outras leis esparsas trouxeram menção expressa a princípios específicos do processo, como a Lei de Licitação e Contrato (Lei nº 12.232/2010) e a Lei de Concessão e Permissão de Serviço Público (Lei nº 8.987/95). Cumpre-nos assinalar que a Lei do Processo Administrativo Federal que, em seu artigo 2º, contempla outros princípios, não citados na Lei Maior, da seguinte forma: “*A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência*”¹³. Logo, passa o Poder Judiciário à análise da juridicidade dos atos, não somente da legalidade, mas também dos princípios do direito, fazendo-se um controle principiológico.

Para Di Pietro, no contexto atual do Estado Democrático de Direito, não se tem optado pelo mesmo formalismo do direito positivo, pendendo-se muito mais ao retorno ao Estado de Direito, do que ao Estado Legal.¹⁴

Por isso a preocupação com determinados valores e princípios presentes em peso na Constituição, inclusive no seu preâmbulo. Os princípios passam a reger a atividade dos três

¹³ BRASIL. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*

poderes do Estado, gerando inconstitucionalidade de lei que os contrarie. A autora acima mencionada destaca que “(...) a *Administração Pública* já não está submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com a liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça”.¹⁵

A Administração Pública tem liberdade, definida pela lei, para estabelecer as regras edilícias¹⁶ e critérios de avaliação na realização de concurso público. Trata-se de uma decisão discricionária da autoridade, observando a conveniência e a oportunidade para o interesse público¹⁷, que se exaure com sua publicação, estando a autoridade pública, a partir desse momento, vinculada a seus ditames. Logo, com a publicação, o Edital transforma-se em ato vinculado, ou seja, é a lei do procedimento administrativo.

1.2 O mérito do ato administrativo

Nenhum ato é completamente discricionário, contendo sempre alguns de seus elementos eivados de vinculação pela lei. O ato administrativo discricionário terá alguns elementos, não todos, de necessária apreciação pelo administrador público para a sua aplicação. Todos os atos administrativos, sejam vinculados ou discricionários, deverão ser analisados quanto à sua legalidade, ou seja, se está esse adequado ou não ao texto legal.

Vale ressaltar que o ato discricionário, a Administração Pública também deverá fazer um juízo subjetivo, juízo de valor ou juízo pessoal, de acordo com a sua conveniência e oportunidade diante do interesse público. Esta análise é conhecida como o mérito.

O mérito corresponde a uma análise valorativa do ato praticado, quanto à sua justiça, adequação, igualdade e mesmo se é bom ou mau, certo ou errado, em face do interesse público que visa a atingir.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem*.

¹⁶ A principal vinculação será a circunscrição das regras do edital à natureza e à complexidade do cargo ou emprego público. Mas existem outras limitações, como os princípios mínimos da Administração – publicidade, legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37, caput, CF), além de outros princípios que decorrem do devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa, dentre outros.

¹⁷ 1. A definição dos critérios utilizados para se alcançar o perfil do candidato, de acordo com as atividades que serão exercidas, é feita de forma discricionária pela Administração, que, com base na oportunidade e conveniência do momento, estabelece as diretrizes a serem seguidas na escolha dos candidatos. (AgRg no RMS 24639/CE, STJ – Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Julgamento: 16.06.2008, DJe 04.08.2008).

De acordo com a definição de Di Pietro, “*O mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e à oportunidade; só existe nos atos discricionários*”.¹⁸

O autor Mello define de forma completa, sobre o mérito administrativo:

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.¹⁹

A denominação de mérito sobre os aspectos discricionários do ato administrativo vem por influência da doutrina italiana.

Autores como Seabra Fagundes e José Cretella Júnior conferem ao mérito administrativo um caráter político, já que visa atender ao interesse público, ao mesmo tempo em que deve ajustá-lo aos interesses privados. Nenhum dos dois interesses pode ser deixado de lado, levando assim a um juízo comparativo.²⁰

A problemática encontrada no mérito refere-se à possibilidade ou não da sua análise por parte do Poder Judiciário. Já que considerado como competência privativa da Administração Pública, sujeito à sua apreciação subjetiva. Teria o mérito uma imunidade jurisdicional? E se em desconformidade com normas, princípios ou valores do direito? E em casos de erro na adequação ou apreciação do caso concreto ao direito, de injustiça ou de inutilidade para o alcance de sua finalidade, estaria o ato da Administração imune de qualquer controle? Cino Vitta, citado por Cretella Júnior, refere-se ao *vício de mérito* que ocorre com a inoportunidade ou inconveniência do ato. Neste caso, o mérito estaria se entrelaçando com a legalidade, permitindo consequentemente a análise jurisdicional.

Todavia, para Cretella Júnior, essa ampliação do conceito de mérito alcançaria o próprio conceito de legalidade, sendo inaceitável, pois permitiria a intervenção do Poder Judiciário no aspecto político-discricionário do ato. Já que para este doutrinador, o mérito trata-se de aspecto político do ato administrativo, envolvendo interesses e não direitos, pois trata-se de interesses não protegidos pela norma jurídica.²¹

Divergente da doutrina de Cretella Júnior, o presente trabalho não preceitua que a discricionariedade administrativa se refere a interesses não protegidos pela norma jurídica.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

²⁰ CRETILLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*

²¹ CRETILLA JÚNIOR, José. *Ibidem.*

Mesmo que deixada sobre uma esfera de liberdade, a discricionariedade é permitida em lei, por motivos de necessidade para atender melhor à sua finalidade.

De acordo com o artigo intitulado “*Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*” publicado na Revista Em Tempo – Revista da área de Direito do UNIVEM, de autoria de Wambert Gomes Di Lorenzo, este aduz sobre a ideia do mérito em uma abordagem sucinta e precisa:

Essa área inacessível ao judiciário é delimitada pela conveniência e pela oportunidade. Para a administração, o “justo” manifesta-se pelo “legal”, e a legalidade não escapa ao controle judicial. A doutrina é unânime ao referir-se a essa zona como “mérito administrativo” que, como vimos, a jurisprudência tem se isentado de apreciar²²

Diante disso, para cumprir sua função, a Administração é dotada de poderes, dentre eles o discricionário, em que esses poderes se distinguem dos poderes políticos, pois dizem respeito à atividade do Estado, em seu emprego burocrático, na tarefa de acolher o cidadão e a sociedade, e à ação específica do Estado através dos seus organismos administrativos.

Portanto, não há que se falar em mérito administrativo, mesmo no exercício de competência discricionária, se o ato constituir afronta aos princípios do Direito, atingindo os direitos individuais e coletivos, e esquivar de sua finalidade, qual seja, o interesse público.

Válido o ensinamento de Di Pietro, que apesar de entender o mérito como insuscetível de controle jurisdicional, diz ser inaceitável a utilização do vocábulo mérito administrativo como “*escudo*” ao controle jurisdicional, quando o ato administrativo envolver questões de ilegalidade e moralidade administrativas. Sendo “*necessário colocar a discricionariedade em seus devidos limites*”, impedindo que a Administração pratique arbitrariedades sob o pretexto de agir discricionariamente em matéria de mérito”.²³

1.3 Classificações dos atos administrativos

Sem a presença dos elementos essenciais, não se aprimora o ato e, conseqüentemente, não terá condições de eficácia para produzir efeitos válidos. Bastam essas considerações para realçar a importância do conhecimento desses componentes do ato administrativo e justificar as exposições.

²² DI LORENZO, Wambert Gomes. **Discricionariedade Administrativa e controle Judicial**, 2008, Revista Em Tempo, Revista da área de direito do UNIVEM, pag.55 – ed. Científica.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*

A competência para a prática do ato administrativo é a qualidade primeira de sua validade, pois nenhum ato discricionário ou vinculado pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo.

Assim, entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada.

Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico da administração. Daí a oportuna advertência de Tácito de que “*não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma do Direito*”.²⁴

Por ser um requisito de ordem pública, a competência administrativa, é intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados. Entretanto, pode ser delegada e avocada, desde que permitam as normas reguladoras da Administração.

Contudo, sem que a lei faculte essa transposição de função, não será possível a modificação discricionária da competência, porque ela é elemento vinculado de todo ato administrativo, e insuscetível de ser fixada ou alterada ao arbítrio e vontade do ato administrador e ao arrepio da lei.

Na finalidade, outro requisito necessário neste ato, é o objetivo de interesse público a atingir diretamente a sua intenção, não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é assim, elemento vinculado de todo ato administrativo, discricionário ou regrados, porque o Direito Positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desvio de sua finalidade específica.²⁵

Desde que a Administração Pública só se justifica como fator de realização do interesse coletivo, seus atos terão que se dirigir sempre para um fim público, sendo nulos quando satisfazem pretensões diferentes ao interesse coletivo, em especial quando a finalidade tem puramente um proveito a um particular em detrimento dos demais indivíduos da sociedade, privilegiando algumas pessoas que possuem um poder de gerir perante a administração.

No mesmo raciocínio, a finalidade do ato administrativo é aquela que a lei indica explícita ou implicitamente. Não cabe ao administrador escolher outra, ou substituir a indicação da norma administrativa, ainda que ambas colidam com os fins públicos. Neste

²⁴ TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

²⁵ TÁCITO, Caio. *Ibidem*.

particular, nada resta para escolha do administrador, que fica vinculado integralmente à vontade do legislador.

Quanto a forma, este seria a cobertura externa do ato administrativo que constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição. Enquanto a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, a administração exige procedimentos especiais e forma legal para que se expresse validamente.

Neste contexto, pode-se afirmar que, se no Direito Privado, a liberdade da forma do ato jurídico é regra, no Direito Público é exceção. Todo ato administrativo é, em princípio formal. E compreende-se essa exigência pela necessidade que tem o ato administrativo de ser contrastado com a lei e conferido frequentemente pela própria Administração e até pelo Judiciário, para verificação de sua validade.

Outra peculiaridade, bem lembrada por Gordilho, é a de que no Direito Privado se distingue as formas, “*ad substantiam e ad probationem*”, ao passo que no Direito Administrativo não se faz essa distinção, visto que toda forma estabelecida para o ato é substancial.²⁶

A inexistência da forma induz a inexistência do ato administrativo. A forma normal do ato de administração é a escrita, embora os atos existam consubstanciados em ordens verbais e até mesmo em sinais convencionais, como sempre ocorre com as instruções momentâneas de superior a inferior hierárquico, com as determinações de polícia em casos urgentes e como o exemplo clássico da sinalização do trânsito.

O que convém fixar é que se admite o ato administrativo não inscrito em casos de urgência, de transitoriedade da manifestação da vontade administrativa ou de irrelevância do assunto para a Administração. Nas demais hipóteses são de rigorismo o ato escrito em forma legal, sem o que se exporá a invalidade.

A revogação ou a modificação do ato administrativo deve obedecer à mesma forma do ato originário, uma vez que o elemento formal é vinculado tanto para sua formação quanto para seu desfazimento ou alteração, implicando assim uma maior rigidez na prática dos atos administrativos em comparação com o Direito Privado.

Impõe-se neste caso, distinguir a forma do ato procedimento administrativo. A forma é o revestimento material do ato; o procedimento é o conjunto de operações exigidas para sua perfeição. Assim, para uma concorrência licitatória há um procedimento que se inicia com o

²⁶ GORDILLO, Augustin. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

Edital e se finda com a adjudicação da obra ou o serviço e existe um ato adjudicatório que se concretiza, afinal, é forma estabelecida pela lei.

Este procedimento é dinâmico; a forma é estática, sendo que a não observância da forma vicia substancialmente o ato, tornando-o passível de invalidação, desde que necessária a sua perfeição e eficácia.

No motivo ou a causa, é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo, sendo que o motivo como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador, pois no motivo será um elemento vinculado e a causa é discricionário quanto à sua existência e valoração.

Entretanto, o motivo e motivação expressam conteúdos jurídicos diferentes, hoje, em face da ampliação do princípio do acesso ao Judiciário de acordo com o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, combinado com o da moralidade administrativa descritas no artigo 37, *caput* da CF, a motivação é em regra, obrigatória.

Por isso, prevalece na doutrina e jurisprudência, apesar de certa divergência, o dever de motivação dos atos e decisões administrativas²⁷. O texto constitucional estabelece essa exigência de forma implícita em diversos dispositivos importantes.

Assim, só não o será quando a lei dispensar ou se a natureza do ato for com ela incompatível. Portanto, na atuação vinculada ou na discricionária, o agente da Administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o que o ato será inválido, ou pelo menos, inviável, por ausência da motivação.

Quando o motivo não for exigido para a perfeição do ato, fica o agente com a faculdade discricionária de praticá-lo sem motivação, mas se o fizer, vincula-se aos motivos aduzidos, sujeitando-se à obrigação de demonstrar sua efetiva ocorrência, sendo assim, observa-se pela Lei 9.784/99, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, onde aponta atos cujas motivações são obrigatórias e também na Constituição Federal em seu artigo 50, inciso I a VIII.

Assim, para a dispensa de um servidor exonerável *ad nutum* não há necessidade de motivação do ato exoneratório, mas se forem dados os motivos, ficará a autoridade que os deu sujeita à comprovação de sua real existência.

²⁷ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA. 1. O motivo é requisito necessário à formação do ato administrativo e a motivação, alçada à categoria de princípio, é obrigatória ao exame da legalidade, da finalidade e da moralidade administrativa. (AgRg no RMS 15350/DF, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 08.09.2003 p. 367).

Todo ato administrativo tem por objeto a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas ao Poder Público. Nesse sentido, o objeto identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes.

O objeto, nos atos discricionários, fica na dependência da escolha do Poder Público, constituindo essa liberdade opcional ao mérito administrativo. Não se pode, pois, em tal elemento, substituir o critério da Administração pelo pronunciamento do Judiciário, porque isto importaria revisão do mérito administrativo, por uma simples mudança de juízo subjetivo do administrador pelo juiz, sem qualquer fundamento em lei.

O mérito do ato administrativo, entretanto não pode ser considerado requisito de sua formação, deve ser apreciado em seu momento certo, dadas as suas implicações com o motivo e o objeto do ato e conseqüentemente com as suas condições de validade e eficácia.

O conceito de mérito administrativo é de difícil definição, mas poderá ser assinalada sua presença toda vez que a Administração decidir ou atuar valorando internamente as conseqüências ou vantagens do ato.

O mérito administrativo consubstancia-se na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Fagundes de que “o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária”.²⁸

Com efeito, nos atos vinculados, onde não há faculdade de opção do administrador, mas unicamente a possibilidade de verificação dos pressupostos de direito e de fato que condicionam o processo administrativo, não há em falar de mérito, visto que toda atuação do Executivo se resume na observação das imposições legais.

Em lições de Fagundes ofereceu-nos o seguinte entendimento:

Todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte a lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites traçados. Só assim o procedimento da Administração é legítimo. Qualquer medida que tome o Poder Administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que a autorize, ou excedendo o âmbito de permissão da lei, será injurídica. Essa integral submissão da Administração Pública à lei

²⁸FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

constitui o denominado ‘princípio de legalidade’, aceito universalmente, e é uma consequência do sistema de legislação escrita e da própria natureza da função administrativa. O direito escrito, tendo a sua mais forte razão de ser na necessidade de excluir o arbítrio no desenvolvimento das relações sociais, pressupõe, necessariamente, limitação de atividades, segundo os seus textos. Por outro lado, sendo a função administrativa, que constitui o objeto das atividades da Administração Pública, essencialmente realizadora do direito, não se pode compreender seja exercida sem que haja texto legal autorizando-a ou além dos limites deste.²⁹

Atualmente, a doutrina empenha-se em definir novos contornos para o princípio da legalidade, além de buscar novas formas de legitimação da atividade administrativa. Dentro desta busca, fundamenta-se a atividade administrativa na vinculação à ordem jurídica como um todo (princípio da juridicidade), o que se reforça com a ascensão do constitucionalismo, englobando os princípios e valores consagrados na Lei Maior.

Em tais casos a conduta do administrador confunde-se com a do juiz na aplicação da lei, diversamente do que ocorre nos atos discricionários, em que, além dos elementos sempre vinculados (motivo e objeto), outros existem, em relação aos quais a Administração decide livremente, e sem possibilidade de correção judicial, salvo quando seu proceder caracterizar excesso ou desvio de poder.

Em tais atos discricionários, desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação.

O que convém armazenar é que o mérito administrativo tem sentido próprio e diverso do mérito processual e só abrange os elementos não vinculados do ato da Administração, ou seja, aqueles que admitem uma valoração da eficiência, oportunidade, conveniência e justiça.

No mais, ainda que se trate de poder discricionário da Administração, o ato pode ser revisto e anulado pelo Judiciário, desde que, sob título de mérito administrativo, se abriga qualquer ilegalidade resultante de abuso ou desvio de poder.

Diante desta condição, a Administração Pública pode praticar atos ou celebrar contratos em regime de Direito Privado, (civil ou comercial), no desempenho normal de suas atividades. Em tais casos ela se nivela ao particular, abrindo mão de suas atividades, deixando de lado a supremacia de poder, desnecessária para aquele negócio jurídico.

É o que ocorre quando emite um cheque ou assina uma escritura de compra e venda ou de doação, sujeitando-se em tudo às normas do Direito Privado. A doutrina abona essa conduta, e a jurisprudência já a tem consagrado em repetidas decisões, no teor deste

²⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Ibidem*.

entendimento do STF: “*Quando o Estado pratica atos jurídicos regulados pelo direito civil (ou comercial), coloca-se no plano dos particulares*”.

Razão pela qual não pode alterá-los, revogá-los, anulá-los ou rescindi-los por ato unilateral e sempre dependerá da concordância do interessado ou da via judicial cabível.

Todavia, mesmo nesses atos ou contratos com o Poder Público, não se isenta das exigências administrativas que devem anteceder o negócio jurídico almejado, tais como autorização legislativa, avaliação, licitação etc., e as ações correspondentes devem ser propostas no juízo privativo da Administração interessada, que é o único privilégio que lhe resta.

O procedimento administrativo é a sucessão ordenada de operações que propiciam a formação de um ato final objetivado pela Administração. É o *iter* legal a ser percorrido pelos agentes públicos para a obtenção dos efeitos regulares de um ato administrativo principal.

O procedimento administrativo constitui-se de atos intermediários, preparatórios e autônomos, mas sempre interligados, que se conjugam para dar conteúdo e forma ao ato principal e final colimado pelo Poder Público.

As operações intermediárias, à medida que se realizam sem oposição dos interessados, tornam-se definitivas para a Administração e para o administrado, porque ocorre, em tal caso, a preclusão administrativa dos meios invalidatórios, para que se passe à fase seguinte com a certeza da eficácia dos atos anteriores.

Já nos atos preparatórios ou a sua realização em desconformidade com a norma legal que disciplina o procedimento administrativo podem acarretar a nulidade do ato final, desde que se trate de operações essenciais ou de requisitos de legalidade do ato principal.

Um exemplo de procedimento administrativo típico é o da concorrência, visto que a adjudicação da obra ou serviço ao melhor proponente antecede operações intermediárias, quais sejam: atos procedimentais, edital, verificação de idoneidade e julgamento.

Outros exemplos poderiam ser descritos nesse momento, mas em todos eles encontrariam o traço característico do procedimento administrativo, que é a existência de uma série de atos necessariamente interligados, tendo em vista a obtenção de um final.

Diferentemente disso, o procedimento administrativo não pode confundir com o ato administrativo complexo, nem com o ato administrativo composto. Pois o procedimento administrativo é conexão de operação que propiciam o ato final; já no ato complexo é diversamente o que resulta da intervenção de dois ou mais órgãos administrativos para a obtenção do ato final.

Ao se deparar com o ato composto, este é o que se apresenta como um ato principal e como ato complementar que o ratifica ou aprova. Todos esses atos têm seu procedimento formal, inconfundível com seu conteúdo material ou com suas características substanciais.

Em face dessa distinção, resultam consequências práticas diversas para a impugnabilidade dos atos administrativos, pois que ora é atacável o procedimento irregular em sua formação, ora é invalidável o ato final concluído, em razão de defeitos ou ausência do procedimento legal exigido para a obtenção do ato principal.

Os atos administrativos, como emanção do poder Público, trazem em si certos atributos que os distinguem dos atos jurídicos privados e lhes emprestam características próprias e condições peculiares de atuação. É conceituada como a presunção de legitimidade, à imperatividade e à auto-executoriedade.

1.4 Invalidades dos atos administrativos

Portanto, os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça.

Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, estampado no artigo 37, da Constituição Federal, que nos Estados de Direito, confirma toda a atuação governamental, descrevendo o citado artigo: “*A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte*”³⁰, sendo descritos de forma minuciosa e detalhada em seus vinte e dois incisos.

A invalidação, também chamada de anulação, é o desfazimento do ato administrativo em razão de vícios de legalidade. Mello define invalidação como a “*supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica*”.³¹

O defeito atinge o ato em sua essência, portanto, a invalidação produz efeitos *ex tunc*, ou seja, os efeitos retroagem à data em que foi emitido o ato.

Acerca da terminologia, José dos Santos Carvalho Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello preferem utilizar o termo invalidação, enquanto Maria Sylvia Zanella Di Pietro adota o termo anulação.

³⁰ BRASIL. **Constituição (1988)**. *Op. cit.* BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Conforme afirma Mello, pode-se conceituar invalidação do seguinte modo: “*Invalidação é a supressão de um ato administrativo ou da relação dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica*”.³²

Diversos doutrinadores argumentam que o termo anulação deve ser evitado pelo fato de anulação ser uma das espécies de ilegitimidade cujo gênero é a invalidação.

No entendimento de Meirelles, entende-se que “*o vício acarreta sempre a nulidade do ato*”.³³

Caso seja utilizado o termo anulação no lugar de invalidação, poderia haver um falso entendimento de que o instituto abrangeria apenas a anulabilidade, e não a nulidade.

O pressuposto da invalidação é a existência de um vício de legalidade. Este vício atinge os requisitos de validade do ato, impedindo a sua eficácia, já que estes requisitos são essenciais para que o ato seja válido e idôneo à produção de efeitos.

Di Pietro entende que se pode aplicar a teoria das nulidades aos vícios do ato administrativo, porém, é necessário que sejam consideradas as peculiaridades acerca do ato administrativo e as conseqüências do descumprimento da lei. Segundo a autora, as principais diferenças entre o ato de direito privado e o ato administrativo são as seguintes:

- a) os vícios dos atos privados atingem somente interesses individuais, enquanto os vícios dos atos administrativos podem atingir interesses de terceiros e até o interesse público;
- b) em determinados casos a Administração pode optar por manter o ato ilegal se os danos de sua invalidação forem maiores que os danos gerados pela sua manutenção;
- c) existem modalidades especiais de vícios que atingem apenas o ato administrativo como o excesso e abuso de poder, a usurpação de função e o exercício “de fato”.³⁴

Os vícios de legalidade podem ocorrer em qualquer dos elementos do ato administrativo, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Ocorrerá vício de competência quando houver usurpação da função, excesso de poder e função de fato. Com relação aos vícios referentes ao sujeito, existem também os vícios de capacidade, que são os previstos nos arts. 3º e 4º do Código Civil, os resultantes de erro, dolo coação, simulação ou fraude, impedimento e a suspeição.

Estes dois últimos estão previstos na Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99). O vício no elemento finalidade caracteriza-se quando há desvio de poder ou desvio de finalidade. Já o vício de forma ocorre quando a forma estabelecida pela lei para a

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibidem*

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*

realização do ato não é seguida. Com relação ao motivo, o vício abrange a inexistência de motivo e a falsidade de motivo.

Finalmente, ocorre vício no objeto quando o objeto é proibido pela lei, diverso do previsto na lei, impossível, imoral ou incerto em relação aos destinatários, às coisas, ao tempo ou ao lugar.

No entendimento de Fagundes que defende uma divisão tricotômica: nulos, anuláveis e irregulares; ressalvando, todavia que as duas primeiras espécies não correspondem às do Código Civil, nem quanto aos tipos de vícios nem quanto aos efeitos deles.³⁵

Os atos administrativos praticados em desconformidade com a lei podem ser invalidados pelo Poder Judiciário ou pela própria Administração.

A primeira hipótese tem base no poder de autotutela da Administração Pública, que lhe permite rever os seus próprios atos em virtude do princípio da legalidade, que impõe à Administração a obediência à lei. A Administração não precisa ser provocada para rever os seus atos, devendo atuar de ofício, assim que seja constatada a ilegalidade.

Já no outro caso, o Judiciário tem a possibilidade de exercer o controle dos atos administrativos por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Neste caso, o Judiciário deve agir apenas mediante provocação dos legitimados através dos meios processuais.

Neste mesmo contexto, o artigo 19, inciso II da CF, proclamar que não se pode recusar fé aos documentos públicos, além disso, a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos que responde a exigência de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, pois não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhe execução.

Já a presunção de veracidade inerente à de legitimidade, refere-se aos fatos alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário. A presunção também ocorre com atestados, certidões, informações e declarações da Administração, que, por isso, gozam de fé pública.

A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos.

³⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

Vale ressaltar, nas lições de Zancaner, vários exemplos que podem identificar as invalidades dos atos administrativos, ao caracterizar determinados atos como “absolutamente insanáveis”:

Ordem de uma autoridade para que seu subordinado torture um preso, autorização para que alguém explore trabalho escravo, licença para que um estabelecimento funcione como casa de lenocínio, autorização para que sejam saqueadas casas de devedores do Fisco etc.³⁶

Porém, tem se admitido a sustação dos efeitos dos atos administrativos por meio de recursos internos ou de ordem judicial, em que se conceda a suspensão liminar, até o pronunciamento final de validade ou invalidade do ato impugnado.

Outra consequência da presunção de legitimidade e veracidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuida-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico ou de motivo, a prova do defeito apontado focará sempre a cargo do impugnante e até sua anulação o ato terá plena eficácia.

A eficácia é a idoneidade que se reconhece ao ato administrativo para produzir seus efeitos específicos. Pressupõe, portanto, a realização de todas as fases e operações necessárias à formação do ato final, segundo o Direito Positivo vigente.

Certos autores confundem ou identificam a eficácia com a exequibilidade do ato. Não parece admissível esse conflito, em face do ordenamento jurídico, que atribui um sentido próprio e consequências específicas ao ato exequível ou operativo distintos do ato apenas eficaz.

Com este mesmo raciocínio, ensina com propriedade e exemplificando sobre aos atos inválidos o Professor *Mello*:

Não é desprezível a hipótese de um agente administrativo praticar ato no exercício de competência discricionária sob coação (vício de vontade) e ulteriormente conclui-lhe ser aquela a providência adequada desde origem. Por que negar-lhe a possibilidade de ratificar retroativamente o ato?³⁷

Desde que se completa o procedimento formativo, o ato adquire existência legal, tornando-se eficaz e vinculado para a administração que o expediu. Porque traduz a manifestação de vontade administrativa em forma regular. A partir da conclusão do

³⁶ ZANCANER, Weida. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. I.

³⁷ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

procedimento formativo a Administração está diante de um ato eficaz, isto é, apto a produzir seus efeitos finais, enquanto não for revogado. Mas embora eficaz, pode o ato administrativo não ser exequível, por lhe faltar a verificação de uma condição suspensiva, ou a chegada de um termo ou ainda, a prática de um ato complementar (aprovação, visto, homologação, julgamento do recurso de ofício, etc.) necessário ao início de sua execução.

Distingue-se, portanto, a eficácia da exigibilidade do ato administrativo, embora possam ambas surgir no mesmo momento e conviver daí por diante enquanto o ato tiver existência legal. Mas nem por isso se identificam ou se confundem, porque a eficácia é tão somente aptidão para atuar, ao passo que a exequibilidade é a disponibilidade do ato para produzir imediatamente seus efeitos finais.

A eficácia é apenas um consectário da existência do ato válido, enquanto a exequibilidade é uma condição de operatividade do ato perfeito. A eficácia é um *minus* em relação à exequibilidade do ato administrativo. Este ato perfeito não é o que está apenas acabado, mas sim completo, pela ocorrência de todas as condições de sua operatividade e finalidade.

De todo modo, a perfeição do ato só se verifica pela soma da eficácia com a exequibilidade, como, aliás, ocorre no Direito Processual em relação à sentença judicial, que uma vez prolatada, é eficaz, mas só se torna exequível depois do seu trânsito em julgado.

A exequibilidade ou operatividade é a possibilidade presente no ato administrativo de ser posto imediatamente em execução. Tal atributo é característico dos atos concluídos e perfeitos, pois enquanto não se cumprir a tramitação exigida para a formação e não se satisfizerem as condições impostas para a sua operatividade (condições suspensivas e termos para início de sua execução), ou não se realizarem os requisitos complementares para a sua perfeição (aprovação, visto, confirmação da decisão pendente de recurso de ofício, etc), o ato não é exequível, muito embora seja eficaz.

Essa noção se nos afigura da maior importância prática em face do Direito Positivo, que impede a retroatividade da lei quanto ao ato jurídico perfeito (CF artigo 5º inciso XXXVI). Esse ato jurídico perfeito, outro não é senão o ato eficaz e exequível, isto é, aquele que além das condições legais de existência (eficácia), se apresenta disponível para produzir seus efeitos (exequibilidade).

Na mesma linha de raciocínio, ao fato de que o comando constitucional do art. 5º, XXXV, de forma expressa, afirma proibição de impedimento da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito.

Alega o doutrinador Bulos sobre o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário citando o seguinte:

Através desse princípio, todos têm acesso a justiça para pleitear tutela jurisdicional preventiva ou reparatória a lesão ou ameaça de lesão a um direito individual, coletivo, difuso, e até individual homogêneo. Constitui, portanto, um direito público subjetivo, decorrente da assunção estatal de administração da justiça, conferido ao homem para invocar a prestação jurisdicional, relativamente ao conflito de interesses qualificado por uma pretensão irresistível.³⁸

Somente estes é que se reputam “*perfeitos*”, para fins de intangibilidade e subsistência em face da lei nova que venha a extinguir ou modificar situações jurídicas ainda não definitivas.

Vê-se, portanto, que a confusão ou identidade da eficácia com a exequibilidade do ato administrativo, ou a indistinção dos conceitos de ato formalmente acabado e ato materialmente perfeito, traria consequências práticas não condizentes com o Direito Positivo, pois chegaria à conclusão contrária (eficaz), mas ainda pendente de condição, termo ou formalidade necessária à sua exequibilidade (perfeição), seria inatingível por lei subsequentemente à sua formação, quando o ordenamento jurídico dispõe expressamente em sentido oposto.

Inaplicável, pois, se nos afigura a doutrina estrangeira em nossa Pátria quanto à conceituação da eficácia e perfeição do ato administrativo.

A imperatividade é o atributo do ato administrativo que impõe a coercibilidade para seu cumprimento ou execução. Esse atributo não está presente em todos os atos, visto que alguns deles o dispensam por desnecessário à sua operatividade, uma vez que os efeitos jurídicos do ato dependem exclusivamente do interesse do particular na sua utilização.

Os atos, porém, que consubstanciam um provimento ou uma ordem administrativa nascem sempre com imperatividade, ou seja, com a força impositiva própria do Poder Público e que obriga o particular ao fiel atendimento, sob pena de se sujeitar a execução forçada pela Administração ou pelo Judiciário.

A imperatividade decorre só da existência ao ato administrativo, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade. Assim sendo, todo ato dotado de imperatividade deve ser cumprido ou atendido enquanto não for retirado do mundo jurídico por revogação ou

³⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 53/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

anulação, mesmo porque as manifestações de vontade do Poder Público trazem em si a presunção de legitimidade.

A auto-executoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial.

Entretanto, as nossas Administrações se mostram tímidas na sua utilização e a nossa Justiça, nem sempre atualizada com o Direito Público, em pronunciamentos felizmente raros, tem pretendido condicionar a execução de atos tipicamente auto-executórios à prévia apreciação judicial. Mas, em contraposição a esses julgados esporádicos e errôneos, firma-se cada vez mais a jurisprudência na boa doutrina, reconhecendo à Administração, especialmente quanto aos atos de polícia – o poder de executar direta e imediatamente seus atos imperativos, independente de pedido cominatório ou mandado judicial.

Entre nós essa doutrina corrente, como revela Fagundes, com sua imensa autoridade no assunto:

Tal processo executório tem cabimento quando as circunstâncias indicam a necessidade premente da obtenção do fato ou coisa. Atua pela utilização, por parte do administrador, dos chamados meios diretos de coerção administrativa, de modo a tornar possível obter, por coação absoluta, a própria prestação exigida do administrado, ou, na sua impossibilidade, outra equivalente.³⁹

Realmente, não poderia a administração bem desempenhar sua missão de autodefesa dos interesses sociais se a todo o momento, encontrando natural resistência do particular, tivesse que recorrer ao Judiciário para remover a oposição individual à atuação pública.

Como ocorre com a cobrança contenciosa de uma multa, que em hipótese alguma poderia ficar a cargo exclusivo dos órgãos administrativos. Mas as prestações tipicamente administrativas, principalmente as decorrentes da utilização do poder de polícia, podem ser exigidas e executadas imediata e diretamente pela Administração, sem necessidade de mandado judicial.

Tal acontece com as interdições de atividades ilegais, com os embargos e demolições de obras clandestinas, com a inutilização de gêneros impróprios para o consumo e outros atos de polícia administrativa.

³⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

Assim, a execução de tais determinações deve ser precedida de notificação e acompanhada do respectivo auto circunstanciado, em que se comprove a legalidade da atuação do Poder Público e se possibilitam posterior eventuais medidas judiciais que o particular entender oportuno à defesa de seus direitos e de seu patrimônio.

O reconhecimento da auto-executoriedade tornou-se mais restrito, em face do artigo 5º, inciso LV da CF, que assegura o contraditório e a ampla defesa, inclusive nos processos administrativos. Não obstante, quando o interesse público correr perigo iminente, a auto-executoriedade deve ser reconhecida. Assim, a Constituição Federal não banuiu o *jus imperium* da Administração Pública, nem a possibilidade cautelar do aditamento de eficácia de medida administrativa.

A objeção de que a Administração deverá fazer uso do pedido cominatório, mantido no atual CPC artigo 287, a saber:

Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela.⁴⁰

Esse dispositivo processual apenas faculta a via cominatória ao Poder Público, sem qualquer caráter obrigatório, mesmo porque a lei Federal não poderá impor ao Governo Estadual ou Municipal formas de procedimento administrativo, o que violaria flagrantemente a autonomia desses Governos, assegurada expressamente na Constituição da República.

Além do mais, é uma incoerência ao sistema político, de independência e harmonia dos Poderes, submeter o Executivo à tutela do Judiciário, em exames prévios dos atos que os órgãos administrativos desejassem executar.

Ao particular que se sentir ameaçado ou lesado pela execução do ato administrativo é que caberá pedir proteção judicial para obstar à atividade da Administração contrária aos interesses, ou para haver da Fazenda Pública os eventuais prejuízos que tenha injustamente suportado.

Todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte a lei. É preciso ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites traçados.

⁴⁰ BRASIL. Código de Processo Civil.

Só assim o procedimento da Administração é legítimo. Qualquer medida que tome o Poder Administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que a autorize, ou excedendo o âmbito de permissão da lei, será injurídica.

Assim, essa total dependência da Administração Pública, à lei constitui, conforme acima descrito, o denominado “*princípio de legalidade*”, aceito universalmente, e é uma consequência do sistema de legislação escrita e da própria natureza da função administrativa.

O direito escrito, tendo a sua mais forte razão de ser na necessidade de excluir o arbítrio no desenvolvimento das relações sociais, pressupõe, necessariamente, limitação de atividades, segundo os seus textos. Por outro lado, sendo a função administrativa, que constitui o objeto das atividades da Administração Pública, essencialmente realizadora do direito, não se pode compreender seja exercida sem que haja texto legal autorizando-a ou além dos limites deste.⁴¹

No que se refere aos efeitos da revisão interna do ato administrativo, é necessário concluir, a não ser nos casos de reexame *ex officio* pela quase inutilidade do recurso administrativo, que acarreta perda certa de tempo e indeferimento quase certo da pretensão.

Pelo antigo diploma estatutário federal, o funcionário só podia recorrer ao judiciário depois de esgotados todos os recursos da esfera administrativa, mas o atual estatuto silenciou a respeito, não mais persistindo, pois a obrigatoriedade de exaustão dos degraus da instância administrativa, antes de recorrer-se à intervenção do órgão jurisdicional.

1.5 Controle jurisdicional do ato administrativo

A atividade da Administração Pública, constantemente em desconformidade com o Direito, por abuso ou erro na aplicação deste, pode vir a violar direitos e a gerar danos aos indivíduos.

Nesse caso, o prejudicado poderá buscar o reexame do ato praticado, através dos recursos da via administrativa, ou do Poder Judiciário.

A atividade jurídica é a ação desenvolvida pelo Estado para tutelar os direitos individuais e coletivos. Para Fagundes, a finalidade do controle jurisdicional da atuação administrativa é proteger o indivíduo em face da Administração Pública, como meio de

⁴¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Op. cit.* p. 115-116.

“contê-la na ordem jurídica, de modo a assegurar ao indivíduo o pleno exercício de seus direitos”.⁴²

O Poder Judiciário exercerá o reexame jurisdicional do ato administrativo mediante provocação, como meio de controle jurisdicional do ato. O controle externo dos atos da Administração Pública é essencial ao Estado Democrático de Direito, garantindo que esses atos possam ser apreciados e, caso desrespeitem o Direito, invalidades.

Seria inconcebível que a Administração Pública ficasse imune a qualquer controle externo no exercício de suas atividades. Por isso o Poder Judiciário assume papel muito importante, com o principal meio de controlar essa atuação.

O processo judicial formado dá ao administrado o ensejo de submeter os atos e fatos administrativos que lesaram o seu direito à análise judicial, assegurados o contraditório e a ampla defesa. A Administração Pública será situada na demanda como parte, em condição de igualdade com o indivíduo. Apesar de gozar de certos privilégios, estes são justificáveis e estritamente discriminados em lei, não prevalecendo a sua posição na lide.

O controle jurisdicional é um controle externo, feito *a posteriori*, podendo ser repressivo ou corretivo. Assim como nos demais procedimentos formais existentes no Judiciário, este percorrerá com observância dos princípios do devido processo legal, juiz natural, contraditório, ampla defesa, entre outros. E a decisão é dotada da força da coisa julgada, impondo-se à Administração Pública.

Não há a obrigatoriedade de que as vias administrativas sejam esgotadas previamente para que se possa ajuizar ação perante o Judiciário. Quem sofrer lesão ou ameaça de lesão poderá defender seu direito diretamente na via judicial, conforme reza a Constituição Federal.

1.6 Coisa julgada administrativa e a reparação do dano

No que expressa a coisa julgada administrativa aos atos do judiciário, esta danifica a edição dos atos denominados jurisdicionais. Trata-se dos atos formais ou orgânicos, manifestações típicas e inconfundíveis daquele Poder, atos que, afinal se concretizam na sentença judicial, momento culminante da atividade jurisdicional do Estado.

O ato jurisdicional não esgota, entretanto, toda a atividade do Poder Judiciário, embora seja, a manifestação inerente aquele poder. É que, ao lado da função jurisdicional, tendente à aplicação da lei ao caso concreto, sempre que ocorre contestação, existe outra

⁴² FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

função, de natureza administrativa, voluntária, desenvolvida de maneira intensa no âmbito do Poder Judiciário.

O ato jurisdicional supõe a contestação de uma pretensão. A contestação produz perturbação na vida social e esse desequilíbrio precisa ser corrigido.

Numa sociedade que funcionasse de modo ideal, com regime jurídico perfeito e membros convencidos do mais alto anseio cívico e do sentimento da boa-fé, as contestações não se concretizariam.

Como, porém, tais condições estão longe de serem atingidas, é preciso levar em conta o fenômeno da contestação, sempre que tal ocorre e procurar os meios de resolvê-lo tão corretamente e rapidamente quanto possível. Eis a finalidade da função jurisdicional, função que se realiza por meio do ato jurisdicional, pelo menos é o que se espera.

Neste pensamento, em se tratando de coisa julgada administrativa, esta age como um pacificador social, garantindo a cautela e a prosseguimento do relacionamento civilizado entre os homens, visto que promove o equilíbrio e a estabilidade da ação. Pode-se observar que sem a mesma, os litígios nunca seriam finalizados categoricamente.

Portanto, reza o inciso n.º XXXV do artigo 5º da Constituição Federal *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito"* e ao mesmo tempo, aduz Súmula n.º 473 do Supremo Tribunal Federal: *"A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."*

Entretanto, além dos fenômenos citados, de formação e de realização do direito, ocorre ainda outro elemento, que é o fato contencioso, em razão do qual a função jurisdicional é função autônoma e distinta, materialmente, das outras atribuições do Estado.

Com efeito, a situação contenciosa é acontecimento atípico, que não deve manter-se, que precisa desaparecer. O objetivo precípua da função jurisdicional é a intervenção tendente a eliminar toda espécie de incidentes, consubstanciados numa contestação, que se interpõem no processo normal e contínuo da formação e da realização do direito.

Segundo alguns doutrinadores, o problema da responsabilidade do Estado em consequências de serviços judiciários seria questão estranha ao direito administrativo, visto tratar-se de serviços não administrativos.

Particularmente complexo e difícil é o problema da responsabilidade do Estado em decorrência do exercício da função jurisdicional, mas, não obstante tal complexidade, precisa ser encarado, mesmo porque se trata de assunto pertinente ao direito administrativo, quer ao

dano aos administrados advenha do próprio ato jurisdicional, então não há a menor dúvida das atividades não jurisdicionais exercidos no esfera do Poder Judiciário.

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISAO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERIU PARCIALMENTE A MEDIDA ANTECIPATÓRIA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO DESDE QUE REALIZADO DEPÓSITO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. AGRAVANTE QUE REALIZOU PARCELAMENTO ADMINISTRATIVO DA DÍVIDA. PLEITO PARA CONCESSAO INTEGRAL DA MEDIDA ANTECIPATÓRIA SEM DEPÓSITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA ADMINISTRATIVA. INSTITUTO QUE NAO SE ADMITE EM DIREITO. SÚMULA 473, STF. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO⁴³

Considerando os dois institutos, qual seja: administrativo e judicial, pois a coisa julgada administrativa nada mais é do que uma preclusão, ou seja, um exaurimento da discussão somente na via da própria Administração Pública.

Conclui-se que, a coisa julgada administrativa deve-se fazer apenas referência ao exaurimento de reforma nas instâncias da própria Administração e não ao sentido de haver uma irrefutável modificação na decisão.

Nesse mesmo entendimento e com as devidas considerações acima aludidas, percebe-se que o Administrador mesmo que tenha a sua aplicabilidade na coisa julgada administrativa, ocorrem casos de que o particular acaba por sofrer danos por atos do próprio Poder Público.

Sendo que o particular que não ocorreu para a ocorrência do dano, mesmo após o trânsito em julgado administrativo, ainda poderá pleitear a indenização perante o judiciário.

De grande importância o tema de indenização, a Constituição Federal descreve em seu artigo nº, inciso LXXV: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado por sentença”.⁴⁴

Existindo o dano, há o prejudicado. E consequentemente averiguar quem é o responsável pelo dano. Se o Estado direta ou indiretamente, é causa do dano, estamos diante de responsabilidade pública, regida por princípios publicísticos. E não interessa, para efeitos de responsabilidade pública, se o poder público é o Executivo, Judiciário ou o Legislativo.

⁴³ Agravo nº 894148-4/01 da 8ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Recuperação Judicial do foro Central da Comarca de Curitiba – agravante: Gráfica e Editora Posigraf S/A. Agravado: Município de Curitiba. Relator: Fabio André Santos Muniz em substituição ao Desembargador Rubens de Oliveira Fontoura/Curitiba, 22 de maio de 2012.

⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Desse modo, reivindicando para o campo do direito administrativo e estudo da responsabilidade civil do Estado, em decorrência dos prejuízos causados pelo serviço judiciário, em qualquer de suas modalidades, ressalta Chiovenda que:

O juiz é o Estado do administrado a justiça; não é um registro passivo e mecânico de fatos, em ralação aos quais não anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado e é no juiz que tal interesse se apresenta e personifica.⁴⁵

Realmente, o serviço judiciário é, antes, serviço público. Ora um serviço público danoso, em qualquer de suas modalidades, é serviço danoso do Estado. Por que motivo excluir, por exceção o serviço público judiciário do gênero serviço público geral? Como excluir a espécie, se contida do gênero?

Ao passo que para o serviço público, em geral, vigora o princípio da responsabilidade pública, para o serviço público judiciário prevalece o princípio da irresponsabilidade, salvo exceções.

A atividade ou função jurisdicional se manifesta, em essência, pelo julgamento ou ato jurisdicional. O ato jurisdicional, que é a questão de maior intensidade no funcionamento dos serviços judiciários, pode produzir danos dos mais variados, entre os quais, o mais grave é o erro judiciário. O erro judiciário implica a própria negação da justiça, a não ser que possibilite no devido tempo, a respectiva reparação, conforme Acórdão abaixo descrito:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ANULAÇÃO DO CONCURSO POR ATO DA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EM FACE DE INDÍCIOS DE FRAUDE NO CERTAME. DIREITO À INDENIZAÇÃO DE CANDIDATO PELOS DANOS MATERIAIS RELATIVOS ÀS DESPESAS DE INSCRIÇÃO E DESLOCAMENTO. APLICABILIDADE DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.⁴⁶

Com isso, podem as vítimas do erro judiciário, em um exemplo clássico é na esfera criminal, onde o condenado sofre penas privativas da liberdade e passa no cárcere durante muitos anos. Podem, em alguns sistemas jurídicos, casos em que o prejudicado ou até mesmo seus familiares da vítima, possuir o direito de pleitear indenização em juízo.

⁴⁶ Alagoas. RE 662405 RG / AL – Alagoas: Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: Relator: Min. Luiz Fux: Julgamento em 15/12/2011

Além desses casos extremos, há outras hipóteses de detenções preventivas, que se prolongam abusivamente; de processos que terminam pelo arquivamento, mas que deixa mácula irreparável e desonra no crédito ou na reputação de uma pessoa. Quem será responsabilizado pelo prejuízo pecuniário e moral, ocasionado pelo mau funcionamento dos serviços judiciários?

No caso do prejuízo causado por ato jurisdicional, consubstanciado na sentença, a responsabilidade do Estado esbarra contra vários empecilhos, de maneira especial o da presunção da verdade legal, que se liga ao da *res judicata*. Ora, a *res judicata pro veritate habetur* traz em si a presunção da verdade jurídica, para a qual concorrem todos os atos do julgamento.

O princípio da irresponsabilidade do Estado por ato jurisdicional sofre uma restrição, no caso do erro judiciário, apontado mediante revisão que, levado a efeito e proclamado a inocência do acusado, possibilitará a responsabilidade civil do Estado, por perdas e danos.

Diante do instituto do Ativismo Judicial julgado pela Sessão Plenária em 13 de agosto de 2008, surge a Súmula Vinculante nº 11, onde retrata os abusos cometidos por autoridades policiais perante os supostos acusados de usarem algemas sem o cidadão oferecer perigo a sociedade ou resistência a indevida prisão, aduz ainda a Súmula citada que o Estado deverá também ser responsável pelo excesso de poder.

Súmula Vinculante 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.⁴⁷

Se o julgamento não chegou ao fim, o prejudicado não tem ainda o direito de pleitear indenização, porque vários recursos estão à sua disposição e não se concretizou o dano.

Afora o erro judiciário, que acarreta a responsabilidade patrimonial do Estado, as outras hipóteses regem a um verdadeiro dilema, invocados pelos simpatizantes da irresponsabilidade do Estado, em virtude do ato jurisdicional, ou julgamento, a parte diante da ausência de condenação definitiva, mesmo sofrendo danos não tem direito a indenização alguma, ou o julgamento chegou ao fim, culminando com a condenação e a parte, mesmo

⁴⁷ BRASIL. Súmula Vinculante 11.

inocente, não pode pleitear indenização, visto que esbarrará com a imutabilidade da coisa julgada.

Assim, com a decisão do STF, esbarra na irresponsabilidade do Estado em indenizar o cidadão que foi preso preventivamente e após a ausência de provas, é posto em liberdade.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO PREVENTIVA. AÇÃO PENAL. ABSOLVIÇÃO. DANO MORAL INEXISTENTE.

Não responde o Estado pela indenização por danos morais e materiais decorrentes de prisão preventiva decretada nos termos da lei. Desimporta, no caso, tenha sido a final absolvido o acusado, por ausência de provas. Ausência de ato ilícito a configurar dano moral. Ação julgada improcedente. Sentença mantida. Apelo improvido.⁴⁸

Neste presente caso, ocorreu de fato prejuízo ao cidadão que ficou detido, por um suposto crime que não cometeu, pois foi inocentado por falta de provas, mas a sua reputação perante a sociedade ficou abalada.

O Estado pode e deve decretar a prisão preventiva, desde que existem provas plausíveis para a sua decretação e não simples acusações para configurar sua prisão. Se o Estado tem esta disposição descrita no Código de Processo Penal, também deverá ter cautela em suas atribuições, pois conforme se observa na jurisprudência acima descrita, com a falta de provas, deverá indenizar pelo erro do judiciário em prender pessoa inocente.

Envolver a vítima ao erro judiciário, ou, de prejuízo causado pelo mau funcionamento do serviço da justiça, num tal dilema, é solução por demais simplista. Com efeito, a possibilidade de interpor uma série de recursos contra a indenização injusta, proferida em primeira instância, não impede que efeitos danosos já se tenham feito sentir: reputação, honra, crédito, privação da liberdade, como se observa no Acórdão acima descrito.

Por outro lado, não se deve pretender reduzir todos os casos em que o mau funcionamento da justiça pode causar prejuízo ao caso do erro do judiciário. Simples incriminação pode ser suficiente para destruir o crédito de um negociante, a reputação do suspeito. Enfim, é inexato sustentar que a autoridade da coisa julgada seja atacada, de modo absoluto. A revisão é sempre possível, quer em matéria civil, quer em matéria penal.

A reparação do erro judiciário pode ser tentada pelo condenado, configurando uma das hipóteses da responsabilidade civil do Estado, como decorrência de ato jurisdicional falho, concretizado erro.

⁴⁸ Rio Grande do Sul. AI 614547 AgR/RS - Rio Grande do Sul. AG.REG. no Agravo de Instrumento: Relator(a): Min. Joaquim Barbosa: Julgamento: 04/10/2011 - Órgão Julgador: Segunda Turma.

Os exemplos são raros, mas existem. Na França, o caso do Oficial Alfred Dreyfus⁴⁹, acusado e condenado por espionagem injustamente (1894), mais tarde recebendo a concessão da graça (1899) e finalmente a reabilitação (1906), depois de violenta campanha de revisão (1897-1899), desvirtuada por paixões políticos-religiosas, ficou famoso como exemplo de erro judiciário.

Os juízes praticam por excelência atos jurisdicionais, mas inúmeras vezes editam atos administrativos. E estes como aqueles, podem causar danos aos particulares.

O ato administrativo material constitui a denominada função administrativa ou não contenciosa do Poder Judiciário, ligam-se ao serviço judiciário atividades que não têm o caráter jurisdicional e cujas consequências danosas deveriam ser reguladas pela aplicação dos princípios da responsabilidade pública, como por exemplo, operações materiais de polícia judiciária ou atos do estado civil.

Tratando-se de atos administrativos materiais praticados pelos magistrados, por funcionários do Poder Judiciário, por agentes da polícia judiciária, estarão submetidos a regime jurídico diverso daquele que regula os atos jurisdicionais, inerentes, estes últimos, à função específica do Poder Judiciário à função jurisdicional.

⁴⁹ **CASO DREYUS – O mais famoso erro judiciário de todos os tempos.** Disponível em: <<http://www.elfez.com.br/elfez/Dreyfus.html>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

CAPÍTULO 2 - ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste capítulo será analisada a probabilidade da prática do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal e que para isso, será utilizada uma rigorosa e profunda apreciação jurisprudencial e doutrinária, em que ao final poderá sopesar e dirimir eventuais rastros de presenças ativistas ocorridas nos Tribunais.

É imperioso destacar sobre o Ativismo Judicial, compreendido como a ultrapassagem dos limites impostos ao exercício da função jurisdicional, cuja descaracterização fere literalmente os princípios da separação dos Poderes.

Sendo assim, com a usurpação da tripartição dos Poderes, entende-se que o Ativismo Judicial excede todos os limites impostos pela lei, e principalmente a Constituição Federal, onde uma vez não atendidos os devidos caminhos corretos para a elaboração de leis pelo Legislativo ou em casos atípicos pelo Executivo, via medida Provisória, onde entra em uma incongruência na nova forma de legislar, gerando assim a insegurança jurídica para todos, pois como se observa, o Ativismo Judicial atende mais os fins políticos e para determinados agentes administrativos.

Diante do tema em discussão, buscar-se-á uma visão geral do controle judicial das políticas públicas, assim como constituirá um grande desafio analisar aparência de eventual ativismo frente à omissão inconstitucional suprida via Mandado de Injunção, mediante exercício de hermenêutica constitucional dos principais intérpretes da Constituição, atentando-se também aos prazos que o Poder Judiciário vem fixando aos demais poderes para suprir a omissão inconstitucional.

Os Poderes Legislativo e Executivo vêm sofrendo o que tem sido chamado de “*síndrome de inefetividade das normas constitucionais*”, que se revela pela inatividade do sistema político em realizar as prestações positivas a eles atribuídas pela Constituição Federal da República.

Como regra geral, a decretação da omissão atingirá a todos, de forma retroativa. O Mandado de Injunção nasceu em 1988, por ocasião da promulgação da atual Constituição e trata-se de uma Ação Constitucional de natureza civil. Encontra seu fundamento constitucional no art. 5º, LXXI, conforme segue abaixo a sua transcrição:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades

constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.⁵⁰

É de visível percepção que hodiernamente o Poder Judiciário vem tendo um papel mais relevante no meio social, com decisões sociopolíticas abrangentes que afetam diretamente as relações sociais de todo o país.

Assim, trata-se do fenômeno do chamado Ativismo Judicial, que possivelmente também será desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, a jurisdição constitucional feita pelos intérpretes da Constituição com viés político-ideológico em suas decisões.

De outro lado, será ativista se, ademais disto, e a partir de sua visão progressista, evolutiva e reformadora, souber interpretar a realidade de sua época e conferir às suas decisões um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor.

A Carta Federal de 1988, no âmbito de competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal, como novidade, instituiu a competência para apreciar os casos de omissão inconstitucional mediante dois mecanismos: a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

Além disso, trouxe também, para apreciação do Supremo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, e passou a ser de sua competência originária a Ação Direta de Constitucionalidade - ADECON.

Por sua vez, ao ser promulgada a Constituição Federal de 1988, deixou a mesma composição estrutural do STF, impondo, porém, diversas modificações na esfera de sua jurisdição constitucional, o que certamente provocou impacto sobre o papel do Supremo no sistema político constitucional.

Cediço que uma das competências do STF para nas atribuições de eficácia e aplicabilidade dos direitos, prerrogativas e normas constitucionais. Logo, devido ao problema da omissão inconstitucional dos órgãos políticos, quais sejam; Executivo e Legislativo, em realizar a vontade constitucional, a nossa Carta Cidadã de 1988 conferiu ao Supremo a função de controlar as tais omissões perpetradas pelos poderes constituídos, assim como o controle de constitucionalidade, por meio do qual o legislador verifica a adequação de lei ou ato normativo aos preceitos previstos na Constituição Federal.

⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Assim, através, do Mandado de Injunção, da ADPF ou a ADIN por omissão combinada com o § 2º, do art. 103 da CF/88, tratando-se de competências positivas atribuídas ao STF pela Carta Magna, que, em muitas das decisões do Supremo, acabam por decisões mandamentais ou obrigatórias.

Conforme preleciona o Professor Edinilson Donizete Machado:

A tensão, no que pertine à limitação, diz respeito aos direitos fundamentais e à própria garantia das instituições democráticas, que estão limitadas, “contidas” para que não possam exorbitar em suas funções.

A democracia consensual pode, por meio dos arranjos constitucionais, promover o ajuste das tensões, visando à compatibilidade de ambas as doutrinas, por meio das atribuições de competência e sua conseqüente limitação.⁵¹

Com efeito, extraímos o fato do instituto do ativista que esta ganhando lentamente espaço na comunidade jurídica brasileira ao passo das polêmicas que o envolvem, mas que já se observa da análise de resultados aplicados pelos ativistas, que pode ser positivo ou não, e conseqüentemente trazendo uma falsa perspectiva de efetividade no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Compreendendo o Ativismo Judicial

Neste ponto, torna-se necessária a análise de algumas decisões importante, como é o caso do no Mandado de Injunção nº 283-5/DF (DJ de 14/11/1991), onde o STF, sendo que o Tribunal Constitucional pela primeira vez, estabeleceu prazo para que fosse suprida a lacuna relativa à omissão inconstitucional, ou seja, a mora legislativa.

Além da função propriamente jurisdicional, no mundo pós-liberal, os Tribunais têm passado a ocupar cada vez mais uma posição no sistema governativo da nação, ao serem demandados, subsidiariamente, para concretizar aquelas demandas de atribuições constitucionais desprezadas pelos parlamentos e governos, no que se conceitua omissão inconstitucional.

Contrariamente, a resistência à concessão desta atribuição constitucional aos juízes deu-se na França sob a influência do pensamento de Rousseau. Segundo ele,

⁵¹ MACHADO, Edinilson Donisete – *Ativismo Judicial: Limites institucionais democráticos e constitucionais*. 1ª ed. São Paulo – Letras Jurídicas, 2011. Pag. 152

[...] uma das maiores ameaças à soberania popular decorre da incessante ação dos magistrados (governo) e suas vontades particulares contra a vontade geral. Para se compreender o processo de consolidação da democracia é necessário, portanto, ir além do estudo da formação da vontade democrática e analisar de que forma os órgãos encarregados de aplicar essa vontade tem cumprido a sua missão.

Já no Tribunal Constitucional italiano, as decisões proferidas diante das normas programadas que eram postas em risco perante o órgão Supremo, eram vistas como uma opção aditiva para dar efetividade às normas constitucionais.

Logo, pelo fato de a Constituição ser vista como instrumento político, na medida em que regula a atividade política, o modo de exercício do poder, impõe-se o levantamento da seguinte indagação: a atividade dos intérpretes da constituição pode ser considerada política e, nessa medida, ativista?

Temos diante desse quadro o conceito de ativismo judicial:

Como ativismo judicial designamos uma postura proativa do Poder Judiciário que interfere de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes. Não existe consenso entre os estudiosos do Direito quanto a definição do termo 'ativismo judicial'. As origens da postura ativista remontam à jurisprudência da Suprema Corte norte-americana que autocriou o controle judicial da constitucionalidade das leis federais. Até as primeiras décadas do século XX, o ativismo da Suprema Corte foi de natureza conservadora, pois setores reacionários encontraram amparo jurídico para a segregação racial e para a imposição de um modelo econômico liberal Sob a presidência de Warren (1953-1969) e durante os primeiros anos da Corte Burger (até 1973) a Instituição produziu uma série de jurisprudências progressistas no concernente a direitos fundamentais, em especial em questões envolvendo negros.⁵²

O tema discutido, sustentando-se a hipótese de que, em muitas das decisões proferidas pelos doutos intérpretes da constituição, mesmo que indiretamente, existe conteúdo político em sua matéria. Pode-se imaginar, nos casos em que o Supremo, na tentativa de ajustar a lacuna relativa à mora legislativa, estaria aí, mesmo que subsidiariamente, exercendo atividade política diante da omissão inconstitucional.

O modelo adotado para o processo decisório no âmbito do Tribunal Constitucional é jurisprudencial, baseado na fundamentação e racionalidade nas decisões. A opção política do juiz encontra-se no campo da hermenêutica, e não do método jurisprudencial de decidir. A atividade jurisprudencial constitucional permanece sendo atividade jurídica.

⁵² PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. *Op. cit.* p. 132.

Assim sendo, quanto mais discricionariedade tiver o juiz, mais político é o caráter do seu julgamento. O que leva a entender que existe uma fusão entre o político e o jurídico na hermenêutica constitucional gerando a insegurança jurídica para a população em geral.

Cumprir acentuar, por oportuno, a questão da intervenção do Poder Judiciário em tema de políticas públicas, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, o STF relata que o Supremo, devido à dimensão política outorgada a essa Corte,

[...] não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas [...] - , sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.⁵³

Ademais, externando o entendimento do Tribunal a respeito da omissão normativa do sistema político de modo que:

[...] justificar-se-á, como procedimento já enfatizado e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.⁵⁴

Tal decisão sustenta a integridade e eficácia da Constituição, motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao poder público, transparecendo uma atuação interpretativa progressista e uma tendência político-jurídica que vinha se instituindo na Suprema Corte em razão da crise de governabilidade que assombra o Estado.

2.2 O Ativismo Judicial propriamente dito

Com isso, nota-se que o Poder Judiciário vem atuando e formulando políticas públicas que estão institucionalizadas a cargo de outro Poder. No entanto, sabe-se que, devido ao princípio da inércia, o juiz só se manifesta mediante provocação, em razão disso, os Tribunais estão mais abertos à sociedade do que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar algumas respostas às demandas que lhe são apresentadas.

⁵³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF - Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB (CF 103, VIII) - Requerido: Presidente de República.

⁵⁴ *Ibidem*.

Havendo exorbitância ou omissão inconstitucional de qualquer dos poderes, surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, fazendo com que cada um exerça sua função típica atribuída pela Constituição e de efetividade aos direitos ali conferidos.

Não ferindo, portanto, a independência e harmonia entre os poderes da União, art. 2º, CF/88, deverá limitar a explanação aos intérpretes autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado, significaria um empobrecimento da hermenêutica constitucional; não se deve renunciar a essa força criativa dos intérpretes constitucionais vinculados aos limites jurídico-funcionais no exercício da jurisdição constitucional, garantindo assim, a supremacia da Constituição e fortalecendo a segurança jurídica.

A democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo. Em uma sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas apuradas de mediação do processo público e pluralista da política e mediante a realização dos direitos fundamentais.

Entretanto, nos Mandados de Injunção, especialmente no MI 712-8, impetrado com o intuito de tornar viável o exercício do direito de greve dos funcionários públicos, consagrado no art. 37, VII, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal diante do mencionado *writ* injuncional adotou uma teoria concretista geral para sanar a omissão para o legislador a respeito da matéria invocada, produzindo efeitos a decisão até que sobrevenha norma integrativa do legislativo.

Não obstante, estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988, ou seja, há vinte e cinco anos de vigência remanesce sem regulamentação o artigo ora em comento.

Diante disso, nota-se um novo paradigma da hermenêutica constitucional, em decorrência da ociosidade governamental, a exemplo disso, vejamos o fundamento do voto no citado *writ*:

[...] ênfase tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do legislativo.⁵⁵

Verifica-se, com isso, uma nova jurisprudência se consolidando no STF pela prática do Ativismo Judicial, estando ultrapassados os entendimentos que se formaram a partir do

⁵⁵ MI 712 – Mandado de Injunção – Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP; Impetrado: Congresso Nacional.

juízo do Mandado de Injunção nº 20, em que o STF, decidindo o Tribunal em reconhecer a mora do Congresso Nacional e, desde logo, comunicar-lhe a decisão, a fim de que tomasse as providências necessárias à edição da Lei Complementar Federal indispensável ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis.

A decisão ora comentada partiu do entendimento cognitivo do voto do Ministro Relator e acatada por maioria pelo Supremo Tribunal, apenas reconhecendo a mora do Legislativo.

O STF no Mandado de Injunção nº 712, superou seu entendimento interpretativo acerca do antigo *mandamus*. Nota-se que, no Mandado de Injunção nº 20, o Supremo Tribunal a partir do entendimento de declarar a mora do Congresso Nacional e ordenar a formal comunicação desse estado de inércia legiferante do Poder Legislativo da União, vale lembra que o estado de mora já vinha desde a promulgação da Constituição.

Depois da devida notificação feita ao Congresso, passaram-se quase quinze anos de perpetuação da mora estatal. Assim, no Mandado de Injunção nº 712, o STF entendeu no sentido de que, no mérito, acolher a pretensão tão-somente para que se aplique por analogia a Lei nº 7.783/89⁵⁶, enquanto a omissão não fosse devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos.

O Supremo Tribunal Federal, em importante decisão, por unanimidade, declarou a omissão legislativa e, por maioria, determinou a aplicação, no que couber, da lei de greve vigente do setor privado, com efeito “*erga omnes*” até que sobrevenha a norma integrativa do Poder Legislativo.

Na decisão que ora se examina, o Supremo adotou a teoria concretista geral propriamente considerada ativista, atuando diante do vácuo legal deixado pelo sistema político. Neste caso, verifica-se claramente uma omissão abusiva do Congresso Nacional em regulamentar o dispositivo constitucional, já que, após a decisão proferida no Mandado de Injunção nº 20, ainda não houve a devida regulamentação da matéria em análise.

Segue abaixo a decisão em que se declarou a mora do Poder Legislativo e cuja matéria ainda se encontra pendente de disciplina:

Direito de Greve

O Tribunal julgou três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores da Polícia Civil no Estado do Espírito Santo -

⁵⁶ BRASIL. **Lei 7783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em: 10 jan. 2013.

SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF [‘Art. 37. ... VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;’]. O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.⁵⁷

Logo, no presente caso, torna-se necessário ater-se à seguinte indagação: considerando a decisão ativista do Supremo, no Mandado de Injunção nº 712, diante da perpetuação da inação estatal em normatizar o art. 37, VII, CF/88, já que a falta de Lei Complementar se arrasta por exatos 25 anos, caso a Suprema Corte não se manifestasse de modo a resultar na referida decisão dotada de conteúdo claramente ativista, por mais quantos anos ficariam os servidores públicos civis prejudicados no exercício do direito de greve pela falta de Lei Complementar que regule o dispositivo constitucional de eficácia limitada?

Lembrando que já houve um pré-questionamento da matéria invocada no Supremo a partir do Mandado de Injunção nº 20. Vale recordar, que o STF em algumas decisões já fez diversos apelos ao Legislativo em razão de sua mora nos Mandados de Injunção números: MI 20, MI 285, MI 585.

Mas como já era aguardado, os apelos caíram no vazio por conta de divergentes visões políticas que culminaram nessa inoperância.

Já os prazos para o Legislativo, existem um novo panorama constitucional, onde surgiu com a Carta Federal 1988, houve, com isso, maior preservação com o espírito da República e da Democracia.

A omissão legislativa inconstitucional impeditiva do exercício do direito, notavelmente resultou na mudança significativa do perfil político-ideológico de grande parte dos 11 ministros do STF. Assim, os Ministros em razão da inação legislativa vêm se baseando nas normas de princípio presente na Constituição, fazendo uso do campo da hermenêutica constitucional para assegurar a mais ampla eficácia possível às normas do Texto Maior.

Assim, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.682/MT, onde o STF, ficou assente por esse Tribunal, diante da “*inertia deliberanti*” das Casas Legislativas que, se deve impor ao Legislativo em mora o dever, dentro de um prazo razoável, de proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade.

⁵⁷ (MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, 25.10.2007).

Nota-se que, restou superado o entendimento anteriormente adotado pelo Supremo, como no Mandado de Injunção nº 107-3/DF, onde deveria a Corte limitar-se, diante da omissão legislativa a declarar a mora do Congresso Nacional, determinando assim, que o legislador empreendesse a correção da lacuna.

Nestes termos, em razão da autêntica violação da ordem constitucional, que se dá pela ausência da Lei Complementar Federal que viesse a viabilizar o exercício do direito conferido no art. 18, §4, CF/88⁵⁸, o Tribunal Constitucional na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.682, fixou um parâmetro temporal razoável, para que o legislativo tome as providências necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo mencionado artigo.

Assim, com a decisão do STF, nota-se claramente uma visão progressista e pouco complacente frente à perpetuação da mora do Congresso Nacional:

Assim sendo, voto no sentido de declarar o estado de mora do Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerada pela omissão.

Ao se analisar o mencionado voto, percebe-se uma visão progressista denominada de Ativismo Judicial, pelo prazo imposto ao legislativo e ao se comparar com o artigo 103, §2 da Constituição Federal, que apenas menciona a fixação de prazo para autoridade administrativa.

Em contraposição ao voto ora em análise, surge o voto do Ministro Marco Aurélio na mesma ADI em comento, com a sua explanação: *“Penso que a constituição contempla dualidade. Em se tratando de omissão de autoridade administrativa, é possível fixar-se o prazo de 30 dias para a prática do ato, não ocorrendo o mesmo em relação ao Poder Legislativo”*.

Assim, a sociedade não pode ficar à mercê da inércia das Casas Legislativas para o exercício do direito conferido pela Carta Cidadã, cabendo ao STF o papel de viabilizar esse direito impondo um lapso de tempo razoável para a regulamentação do dispositivo de eficácia limitada, frente às demandas que lhe são apresentadas.

⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Op. cit.* BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Tanto a decisão proferida no Mandado de Injunção, quanto àquela atribuída à ação direta por omissão, tem para o legislador caráter obrigatório, que busca uma expedição de ordem judicial para o Congresso.

Nas políticas públicas, o atual estado social-democrático de direito, o Poder Judiciário vem se utilizando de diversos instrumentos jurídico-processuais como já citado nos Mandado de Injunção ou Ações Coletivas, buscando propor medidas políticas governamentais, visando ao real interesse público, levando em conta o contexto social e financeiro para dar eficácia e aplicabilidade concreta aos direitos sociais e fundamentais.

Trata-se da judicialização das políticas públicas que resulta na prática do Ativismo Judicial pela Suprema Corte frente à inércia estatal, respeitando-se, contudo, a discricionariedade política e o princípio da reserva do possível.

O Ativismo Judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal procura extrair o máximo de eficácia do Texto Constitucional. No AI 677.274-8/SP, o STF se manifestou acerca do dever político-jurídico constitucional atribuído ao poder público frente à educação infantil:

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatórios, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais empregados na estrutura constitucional.

Ademais, este novo modelo de Controle Jurisdicional no Brasil, segue uma distinção diante diversos países europeus, pois no Brasil vigora o sistema de jurisdição única, de sorte que assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer debate sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida.

Deste modo, o Poder Judiciário, a instâncias da parte interessada, controla a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-as aquelas que seriam obrigatórias e condenando-as de indenizar os lesados, quando for o caso.

Diante dessa linha de raciocínio, descreve o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Assim, dentre as medidas judiciais planejáveis para a devida correção da conduta administrativa, afora as comuns ao Direito Privado, as de defesa ou reintegração de posse ou as ações ordinárias de indenização e as cautelares em geral, existem algumas específicas para enfrentar atos ou omissões de uma autoridade pública.

Por tais motivos, existem no ordenamento jurídico o “*habeas corpus*”, Mandado de Segurança, Ação Popular, a Ação Civil Pública e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (por ação ou omissão).

Como o presente trabalho visa em específico adentrarmos no mérito do ato administrativo, e conforme acima já explanado nesta Dissertação, ilustrado com o tema do Ativismo Judicial, razão da qual é prudente comentar sobre o Mandado de Injunção, que trará mais efeitos nesta problemática por ser questão ligada diretamente sobre o tema em comento.

Sendo assim, segue breves considerações sobre o Mandado de Injunção, sendo este previsto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal: “*Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”. Ressalta que é uma medida hábil para que o postulante obtenha um específico caso concreto, mediante suprimento judicial, a disciplina necessária indispensável ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou de suas prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, frustrados pela ausência de norma regulamentadora, cuja falta esteja a inviabilizar o exercício.

Este instituto apresenta-se como meio de controle da inércia do Poder Público em expedir as regras necessárias, obviando obstáculos decorrentes de sua omissão, quando a norma faltante seja uma lei ou regulamento nela presumido.

Para atingir a origem do Mandado de Injunção, este possui a sua raiz no direito inglês, e adotado pelo direito norte americano. A palavra *injunction* significa uma ordem proibindo a parte de agir de um determinado modo, ou requerendo uma ação específica da outra parte.

Pode ser impetrado individualmente ou de forma coletiva. Os requisitos para o Mandado de Injunção são: *i)* existência norma constitucional de eficácia limitada, prescrevendo direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania; *ii)* falta de norma regulamentadora, tornando inviável o exercício dos

direitos, liberdades e prerrogativas mencionados, ou seja, que haja omissão do Poder Legislativo.

Pode ainda ser direcionado contra a omissão legislativa de qualquer ente da federação, a saber, União, Estados e Municípios.

O Mandado de Injunção, juntamente com a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, se espera combater a denominada “*síndrome da inefetividade das normas constitucionais*”.

Uma vez garantidos pela Constituição Federal, certos direitos, não é aceitável que o seu exercício seja embaraçados por quem detém o poder-dever de lhes dar efetividade.

Nesse entendimento, e com base na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, conforme já mencionado, o direito em questão encerra uma relação obrigacional, cujo devedor está obrigado a um dever jurídico de dar, fazer ou não fazer, e no caso dos direitos que dependem de uma norma regulamentadora, a prestação que se requer é de fazer a referida norma.

Uma vez negados tais direitos, fazem surgir a pretensão para o seu detentor, que poderá fazer uso do seu direito de ação, e provocar o Poder Judiciário para que aplique a lei ao caso concreto. No Mandado de Injunção o interessado requer seja criada a norma regulamentadora do seu direito constitucionalmente garantido.

Proposto o Mandado de Injunção, e julgado procedente pelo magistrado, quais serão os efeitos dessa decisão? Para que possa responder a tal questionamento, precisa analisar as diferentes posições acerca do assunto.

A posição denominada concretista geral defende que o magistrado irá legislar no caso concreto, produzindo a sentença efeitos *erga omnes* até que sobrevenha a norma integrativa pelo Legislativo.

Já para a posição concretista individual direta, a decisão valerá somente para o caso concreto, aproveitando somente ao autor do Mandado de Injunção.

A posição concretista individual intermediária estabelece que julgando procedente o pedido no Mandado de Injunção, o Judiciário deve estabelecer um prazo para que o Legislativo elabore a norma, vencido este prazo sem que a lei tenha sido produzida, o direito do autor será assegurado.

E por fim, a teoria não concretista impõe apenas que o Judiciário decrete a mora do poder omissor, reconhecendo formalmente a sua inércia, e que em nada adianta a parte interessada.

A posição não concretista foi a dominante por muito tempo junto ao STF, o que fora alvo de severas críticas da doutrina em virtude de a decisão da Suprema Corte nesses casos ser completamente inócua.

Evoluindo, o STF aplicou em alguns casos a posição concretista individual, o Mandado de Injunção nº 232- 1, fixando prazo para o Legislativo criar a norma, e vencido o prazo, garantindo o direito do Autor, conforme segue a Ementa transcrita abaixo, tornando-se mora o Congresso Nacional:

Ementa: Mandado de Injunção

Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no § 7º do artigo 195 da Constituição Federal.

Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, em regulamentação daquele preceito constitucional.

Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.⁵⁹

Em decisão diversa no Mandado de Injunção nº 721 o STF julgou parcialmente procedente o pedido formulado para garantir a aposentadoria da autora com base no regime geral de previdência social em virtude da falta de regulamentação do artigo 40, § 4º da CF por inércia do Presidente da República, autoridade que detém o poder de iniciativa para o referido projeto de lei.

Rechaçou a posição não concretista ao consignar no acórdão que salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou-se caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar os direitos às liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador.

⁵⁹ Mandado de Injunção nº 232-1; Origem: Rio de Janeiro; relator: Ministro Moreira Alves – Requerente: Centro de Cultura Prof. Luiz Freire – Requerido: Congresso Nacional.

A decisão mais emblemática no que concerne à história do Mandado de Injunção, foi sem qualquer espaço para dúvidas o que ficou consignado no MI 712, onde o STF adotou a posição concretista geral.

Nesse passo, os Ministros teceram-se considerações a respeito da questão da conformação constitucional do Mandado de Injunção no Direito Brasileiro, e da evolução da interpretação que o Supremo lhe tem conferido.

Ressaltou-se que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.

Registrou-se, ademais, o quadro de omissão que se desenhou, não obstante as sucessivas decisões proferidas nos Mandados de Injunção. Entendeu-se que, diante disso, talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo.

Aduziu-se, no ponto, ao que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora “solução constitucionalmente obrigatória”.

Salientou-se que a disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, no que tange às denominadas atividades essenciais, é especificamente delineada nos artigos 9º a 11 da Lei 7.783/89 e que, no caso de aplicação dessa legislação à hipótese do direito de greve dos servidores públicos, afigurar-se-ia inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua de outro.

Assim, tendo em conta que ao legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional.

É aqui que começa a surgir o Ativismo Judicial com vistas a dar efetividade aos direitos fundamentais carecedores de regulamentação.

Na visão de Luiz Roberto Barroso (2009) o Ativismo Judicial no Brasil se deve a duas

razões: à nova composição do STF por Ministros preocupados com a concretização dos valores e princípios constitucionais; e à crise de funcionalidade do Poder Legislativo que estimula tanto a edição de Medidas Provisórias como o Ativismo Judicial.

O STF até muito recentemente era uma Corte dominada por juristas conservadores indicados para o cargo antes da redemocratização. Hodiernamente, os Ministros pós-Constituição Federal de 1988, parecem não apresentar aversão à projeção pública que suas decisões acarretam, bem como compreendem a extensão dos poderes conferidos à Corte Suprema, tais como a Ação Direta de Inconstitucionalidade e o Mandado de Injunção, cujo objetivo é a efetivação dos direitos constitucionais.

Passados quase 25 anos da promulgação da Constituição pátria existem, ainda, mais de 50 artigos não regulamentados e com o fito de suprir esta omissão legislativa o presidente do STF, que saiu em defesa do Ativismo Judicial da mais alta Corte: *“Não é por razões ideológicas ou pressão popular. É porque a Constituição exige. Nós estamos traduzindo, até tardiamente, o espírito da Carta de 88, que deu à Corte poderes mais amplos”*.

E adverte o STF no ano de 2008: *“não há judicialização da política quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de Direito”*.

Nesse sentido, sob o argumento hermenêutico da *“interpretação conforme a Constituição”*, o Supremo já decidiu, entre outros, pelo uso científico das células tronco, proibiu o nepotismo – editando uma súmula vinculante –, autorizou a greve dos servidores públicos com base na lei própria da iniciativa privada, e demarcou de forma contínua as terras indígenas da Reserva Raposa Serra do Sol – porém, impôs 19 medidas de restrição à utilização da reserva.

No mesmo condão o STF decidiu a questão da infidelidade partidária atribuindo à Legenda partidária os votos que elegeram seus parlamentares.

2.3 A capacidade institucional do Judiciário e seus limites

É necessário acentuar que o direito à educação que representa prerrogativas constitucionais atribuídas a todos, impõe ao poder público um poder/dever de prestações positivas à sociedade.

Nessa mesma situação constitucional, que implica a implantação de políticas públicas pelo sistema político, não pode o Judiciário frente à omissão dos demais poderes em

concretizar as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição, deixar de dar efetividade à pretensão dos preceitos e dos princípios que nela se acham consignada.

Por todo o exposto, pode-se concluir que diante da inércia legislativa que salta aos olhos, o Tribunal Constitucional, mediante atuações clássicas de juízes ativistas, passa a ter elementos necessários para legitimamente suprir a omissão do legislador.

Em suma, os Poderes Legislativo e Executivo, que estão à frente do processo democrático e da representatividade popular, notavelmente estão sofrendo uma crise de legitimidade. Diante disso, quem aparece preenchendo esse vácuo deixado por eles junto à população é o Supremo Tribunal Federal, de forma que, nos dias atuais, percebe-se como passou a existir o chamado Ativismo Judicial no Brasil.

O crescente instituto do Ativismo Judicial, que se faz presente de forma mais contundente no STF, decorre da judicialização dos sistemas políticos sociais que foram institucionalizados na Constituição Federal, tornado-se objeto de direito estabelecido na Carta Magna.

Destarte, revela-se uma pretensão jurídica, que pode a qualquer momento ser formulada sob a forma de ação judicial. Com isso, moldura-se um novo perfil ao Poder Judiciário do Brasil contemporâneo. Trata-se dos efeitos da redemocratização do país, que se deu a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que certamente trouxe mais poder e autonomia ao Judiciário.

Algumas observações são necessárias para que a hermenêutica jurídica ora defendida mantenha o equilíbrio do sistema Judiciário. Assim, o atual estágio da hermenêutica constitucional trabalha com a relação dialética entre o sujeito/objeto e daí a riqueza do conhecimento dessa relação, pois fertilizada pela pré-compreensão do intérprete ditada pelo dinamismo da vida sobre o Direito.

É nesse perfil que a hermenêutica evolui da separação dos Poderes, símbolo de evolução condizente com a atual Constituição e o momento político que a fundou.

Assim, capacidade institucional do Judiciário e seus limites, juntamente com a interpretação jurídica constitucional é atividade operada por toda a sociedade, até por impulso do regime democrático, de forma que não se denota razoabilidade na interpretação única provinda pelo Judiciário.

Emerge daí, a relevância da riqueza dos diálogos provindos das diferentes áreas da sociedade em prol de uma melhor deliberação jurídica, como o instituto da audiência pública no âmbito processual, o *amicus curiae*, entre outras participações que enriquecem a interdisciplinaridade de questão político-jurídicas.

Justamente por isso, o princípio da separação dos Poderes não é tido como vulnerado, mas sim enriquecido através de uma deliberação democrática e pluralista condizente ao regime político e ao próprio Estado de Direito.

Nesse mesmo sentido é a posição de Daniel Sarmento⁶⁰ ao ponderar sobre os riscos do neo-constitucionalismo quanto a tendência judicialista, de forma que o posicionamento supra procura justamente esfriar essa faceta, dada a contribuição dos demais Poderes e dos demais atores institucionais, como a OAB, o Ministério Público, as Universidades e entidades científicas, entre outros, na participação da interpretação constitucional.

Outro importante risco à hermenêutica constitucional é a preocupação quanto à sua objetividade, frente à participação ativa do intérprete, de forma que resta imperativo o cuidado ao subjetivismo destorcido na interpretação, ocorrido mediante a generalização equivocada dos textos.

De um lado, tem-se como um dos eixos centrais do pensamento constitucional atualizado, com a reabilitação da racionalidade prática no âmbito jurídico, e a articulação de complexas teorias da argumentação, que demandam muito dos intérpretes e dos juízes na justificação de suas decisões. De outro lado, tem-se um sistema fragilizado quanto à sua segurança, dada a “dogmática fluida” dos múltiplos princípios que se inter-relacionam, pois aqui é o alerta para que as ponderações de valores não maculem a objetividade natural do sistema.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo do Brasil**: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. n.º 9, Belo Horizonte, jan/mar 2009, p. 95-133, 2009

CAPÍTULO 3 - POSSIBILIDADE DO CONTROLE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO JUDICIÁRIO

Nesta fase do trabalho pretende-se expor os caminhos que o intérprete seguirá na explanação das competências e controle entre a administração pública e o judiciário, seu alcance e a sua intenção com os demais dispositivos que regem assuntos que se inter-relacionam, já que na maior parte das vezes, o legislador disciplina uma matéria com incursões como tantas outras.

Traçar-se-á as abordagens que melhor amparam o controle do mérito atos administrativos de modo a resguardar a efetiva distribuição dos poderes e prerrogativas entre a Administração Pública e o Judiciário, na busca de um resultado que aperfeiçoe as diretrizes constitucionais apresentadas nos capítulos anteriores. Pois o Direito só ganha legitimidade a partir de sua realização prática.

Assim, não se pode interpretar nenhum texto jurídico a não ser colocando-se em relação com problemas jurídicos concretos, com as soluções aos casos ocorrentes, porque é somente na sua aplicação aos fatos da vida e na concretização, que necessitam e se processam, que se revela completamente o conteúdo significativo da norma legislativa.

Para tanto, imperativo traçar algumas linhas sobre a interpretação e os métodos da hermenêutica constitucional que tem a desafiante tarefa de melhor equacionar os conflitos jurídicos constitucionais e assim amparar o hermeneuta na busca do melhor caminho de suas decisões.

Elival da Silva Ramos observa, com propriedade, que a hermenêutica atual concebe a interpretação-aplicação como parte de uma estrutura lógica de compreensão complexa e dinâmica, comandada por uma relação dialética de polaridade-implicação entre o sujeito cognoscente e o texto normativo, relação dialética essa que também existe entre duas atividades que aquele simultaneamente exerce, a interpretação e a aplicação, mutuamente implicadas, embora lógica e conceitualmente distintas⁶¹.

Portanto, desse processo aflora a norma decisão, cujos referenciais advêm do próprio texto normativo, da consciência jurídica do aplicador e sua visão de mundo, dos elementos fáticos e do contexto social e político. Congrega-se, pois critérios objetivos e subjetivos, ora impelidos da própria norma, ora da prudência e da sensibilidade do intérprete em sintonia com

⁶¹ RAMOS, Elival Silva. **Parâmetros dogmáticos do Ativismo Judicial em matéria constitucional**. 2009. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP), visando ao provimento de cargo de Professor Titular ao Departamento de Direito de Estado. São Paulo, 2009, p. 56-57.

os princípios que humanizam o Direito e conferem funcionalidade ao sistema, sendo necessária que seja assim.

Assim, sendo o ápice da doutrina liberal o Poder Judiciário tinha atribuição restrita de apenas pronunciar a aplicação da lei aos casos concretos de modo mais neutro e inativo possível, eis que se temia atribuição de poder ao Judiciário, pois tido como órgão ligado a Monarquia e, como tal, não se admitia qualquer discricionariedade política, situação que deu ensejo à pseudo-separação da política e do Direito.

Diante disso, as palavras de Montesquieu que cunhou a ideologia de que os juízes “*são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não lhe podem moderar nem força, nem rigor.*”⁶²

3.1 A discricionariedade no âmbito do Pós-Positivismo

O Pós-Positivismo teve a sua maior guinada, que ocorreu no campo da Ciência Jurídica no último século, foi o efetivo avanço, ou seja, a retomada da influência sociológica e política no mundo das normas, situação também vivenciada na construção da chamada nova hermenêutica constitucional. Contudo, esse é mero reflexo daquela, pois a primeira constatação é a causa e a última, o efeito, sendo que este não é de todo original.

Essa constatação é visível na obra de Norberto Bobbio, nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz, quando faz a apresentação sobre a obra do jurista ao comentar que Bobbio soube como ninguém enfrentar a crise do direito no último século justamente em razão da mudança de paradigmas:⁶³.

No âmbito da Ciência Jurídica, mais do que muitos, Norberto Bobbio soube entender que se, nos primeiros três quartos deste século, a grande preocupação foi eliminar juízos de valores no intento de construir uma teoria científica do Direito não sujeita a implicações ideológicas, agora, em compensação, recupera-se em sua esfera de interesses a experiência social e o juízo crítico sobre si mesma, oferecendo à investigação jurídica novas dimensões.

Quando a sociedade atravessa uma fase de profundas mudanças, admitiu Norberto Bobbio mais recentemente, a Ciência do Direito precisa estabelecer novos e chegados contatos com as Ciências Sociais, superando-se a

⁶² MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron. *O espírito das leis*: as formas de governo, federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlametarismo. 6. ed. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 170-178.

⁶³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Santos. Brasília: Editora da UnB, 1999.

formação jurídica departamentalizada, com sua organização, sobre uma base corporativo-disciplinar, de compartimentos estanques.

Pois bem: essa sensibilidade para mudança, sem perder de vista as exigências da racionalidade, é uma das mais importantes características de Norberto Bobbio e a lição mais profunda que podemos extrair de seu pensamento.

Em outros termos, o Direito então visto como pura construção normativa, cuja constituição simplista de aplicação era meramente dedutiva, ruiu ao fim do século passado, para então incorporar na sua interpretação e no seu fio condutor elementos humanísticos e válvulas de escape que condicionam, filtram e racionalizam o mundo das normas, os princípios, valores e paradigmas novos voltados a otimizar a sua aplicação.

Essa assertiva advém do próprio estudo da Ciência Jurídica, em especial porque o positivismo jurídico não atribuiu a necessária importância à Teoria da Interpretação, não tanto por constituir a subsunção mecânica dos fatos concretos às prescrições legais um dogma positivista, mas também pela pequena dedicação do positivismo ao binômio interpretação-aplicação e seus desdobramentos no plano da teoria da argumentação, consoante assinala Elival da Silva Ramos⁶⁴.

Em que pese o enfraquecimento do positivismo jurídico estrito, a doutrina destaca que não parece possível pensar uma teoria do direito que não seja em alguma medida positivista⁶⁵.

Assim, sua imposição normativa não é tão simples como podia imaginar, pois muitas vezes o intérprete terá diante de si desafios interpretativos, de modo a ponderar direitos e prerrogativas em face de um princípio regente do sistema, baseado nas circunstâncias materiais e valorativas que guarnecem a causa, cuja a análise deverá ser minuciosa e prudentemente analisada pelo aplicador do direito.

Constrói neste momento o chamado Pós-Positivismo, que fora construída a partir de novos impulsos filosóficos no âmago da interpretação-aplicação do Direito. Inicia-se uma estrutura lógica de compreensão baseada na relação dialética entre o sujeito intérprete aplicador e aquilo que procura compreender de um objeto ao literal texto normativo.

Somente com o equilíbrio dessa relação ter-se-á uma base científica imparcial para a interpretação, pois sendo assim, um dos pilares do pós-positivismo é a distinção entre o texto normativo, podendo ser entendido também como dispositivo ou um enunciado e o seu conteúdo, sendo aquele objeto da interpretação e esse o resultado, considerado como o fruto

⁶⁴ RAMOS, 2009

⁶⁵ FIGUEIROA, Afonso Garcia, *A teoria do direito em tempos de constitucionalismo*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, n. 4, p. 77-102, out./dez. 2007, p. 102

de uma relação dialética que mede, analisa e interagem com as demais circunstâncias fáticas e valorativas, ingredientes naturais da norma decisão.

Nesta linha de raciocínio, preleciona o Professor Ricardo Maurício Freire Soares em sua obra “Hermenêutica e Interpretação Jurídica”, onde de forma sucinta menciona Robert Alexy, proclama o seguinte:

Sobre os princípios jurídicos, que a sua formulação forma uma classe final. Princípios são proposições normativas de um tão alto nível de generalidade que podem, via de regra, não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas, e habitualmente, são sujeitos às limitações por conta de outros princípios.⁶⁶

Deste modo, como se infere dos contributos de Perelman, Dworkin e Alexy, a difusão deste novo paradigma pós-positivista, na esteira da crise da modernidade, pode oferecer um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento das ordens jurídicas atuais, sobretudo, no sentido de viabilizar uma interpretação/aplicação do Direito preocupada com a realização dos valores enunciados pelos princípios jurídicos”

Assim, como bem demonstra Douglas Camarinha Gonzales:

“O principal parâmetro para os limites da interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto do enunciado. Esse é, pois, ao mesmo tempo, o ponto de partida do processo hermenêutico e o mais expressivo balizador da adequação de seus resultados. E, para tanto, o intérprete deve utilizar os vários métodos de interpretação para buscar os resultados condizentes à dogmática jurídica, vínculo que delinea a margem admissível e define os parâmetros para a interpretação, de forma que o intérprete não se perca no seu próprio relativismo”⁶⁷

Contudo, a margem para a interpretação é balizada pela própria Dogmática do Direito, e não pelos valores subjetivos do intérprete, mas, sim, pelo objetivismo dialético do sistema, tendo em vista a interpretação ajustada da amplitude de sentido projetado pelo texto norma e a consciência jurídica geral firmada na *ratio* da fundamentação, ou seja, na autoridade dos argumentos jurídicos, políticos e filosóficos e não ao argumento de uma autoridade.

Continuando no mesmo raciocínio, prossegue o entendimento bem esclarecido de Douglas Camarinha Gonzales;

⁶⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶⁷ GONZALES, Douglas Camarinha, **Competência Legislativa dos entes federados; Conflitos e interpretação constitucional**, 2011, Dissertação (Mestrado em Direito), USP – Faculdade de Direito de São Paulo, SP, página 111.

“Ora se de um lado não é admissível se ater exclusivamente ao texto enunciado, tanto porque o texto é apenas o principal parâmetro que interage com o universo jurídico e fático, de outro lado o intérprete aplicador não pode substituir os parâmetros do texto enunciado como uma criação da norma pelo próprio intérprete. Essas assertivas são próprias do positivismo moderado que admite sim a interação do intérprete-aplicador (sujeito) no texto enunciado (objeto da interpretação), e reconhece, assim, certa discricionariedade em normas abertas do Direito Constitucional, nas cláusulas dilatórias (que encerram comportamentos éticos) e na integração dos princípios”.⁶⁸

3.2 O mérito do ato administrativo e suas peculiaridades

O mérito do ato administrativo é o sentido político, formado pelos aspectos da oportunidade e da conveniência, na busca pelo interesse público, valendo-se, para tanto, da discricionariedade como meio para o exercício desta função administrativa:

“Ao se compor os conceitos oferecidos, agora sob essa óptica instrumental, pode-se apresentar a discricionariedade como uma técnica desenvolvida para permitir que a ação administrativa defina com precisão suficiente um conteúdo de oportunidade e de conveniência que possa a vir a constituir-se no mérito adequado e suficiente à satisfação de um interesse público específico, estabelecido na norma legal como finalidade. Em outros termos: a discricionariedade é uma técnica e o mérito, o resultado”.⁶⁹

No campo dos elementos do ato administrativo, a competência, finalidade e forma serão sempre vinculadas, e o motivo e objeto poderão ser vinculados ou discricionários.

Assim, são nestes últimos elementos que se situa o mérito administrativo, resultado do exercício da discricionariedade, tendo por suas dimensões a oportunidade e a conveniência.

É justamente esta dupla dimensão do mérito administrativo que configura o limite à discricionariedade. O limite quanto à oportunidade tem relação com a integração do motivo do ato, o qual deve ser corretamente valorado pela Administração Pública.

Já o limite quanto à conveniência tem relação com a integração do objeto do ato, que deve ser escolhido de forma acertada pela Administração Pública, tudo dentro dos limites legais.

⁶⁸GONZALES, Douglas Camarinha, **Competência Legislativa dos entes federados; Conflitos e interpretação constitucional**, 2011, Dissertação (Mestrado em Direito), USP – Faculdade de Direito de São Paulo, SP, página 113

⁶⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Legitimidade e Discricionariedade**. Novas reflexões sobre os Limites e Controle a Discricionariedade. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Páginas 46 e 47.

O exercício da atividade discricionária fora destes limites importa na nulidade do ato por vício de finalidade. Por outro lado, 2 (dois) princípios atuam de forma a nortear a valoração do motivo do ato e a escolha de seu objeto: os princípios da realidade e da razoabilidade.

Por realidade entenda-se que o direito não existe para dar suporte às ilações desprovidas de suporte fático, mas para reger a convivência entre as pessoas, não podendo as normas jurídicas e os atos administrativos delas decorrentes fundamentarem seus motivos em uma fantasia, ou buscarem a concretização de um objeto intangível.

O ato administrativo que não cumpre estes limites de discricionariedade por certo não busca uma finalidade pública. Com relação à razoabilidade, trata-se do atendimento ao interesse público de forma satisfatória.

Não basta a prática do ato administrativo de forma mecânica, deve sempre haver o mínimo de razoabilidade na eleição dos critérios de conveniência e oportunidade com vistas à busca do interesse público tutelado pela norma. A razoabilidade atua como um limite à discricionariedade na valoração dos motivos do ato, de forma que sejam compatíveis com a finalidade pública visada. Da mesma forma, também atua como limite na escolha do objeto, a fim de que este seja adequado à concretização da finalidade pública almejada.

Como dimensão do mérito administrativo, limitando a discricionariedade, temos a oportunidade, que se relaciona com o motivo do ato, cuja valoração é norteadada pelos princípios da realidade e da razoabilidade. Com relação à realidade, os motivos do ato devem existir e ser suficientes para sua prática; e, com relação à razoabilidade, os motivos devem ser adequados, compatíveis e proporcionais com o objeto almejado.

Fora destes limites traçados de oportunidade à discricionariedade, o ato é inoportuno, e a opção discricionária inválida. Sendo assim, entende-se que pela incidência do princípio da realidade o motivo do ato deve ser existente, tanto no plano fático como no plano jurídico, pois a sua prática não pode fundar-se no irreal: a lei não atribui competência à Administração Pública para instrumentalizar falsidades.

Ademais, o motivo do ato também deve ser suficiente para a sua prática, tanto no plano fático como no plano jurídico, vez que este não pode lastrar-se em motivos vagos, incompletos ou duvidosos, não podendo o agente administrativo suplementá-los quando não bastarem à prática do ato.

Quanto à incidência do princípio da razoabilidade, o motivo do ato deve ser adequado, tanto no plano fático como no plano jurídico, à natureza jurídica do ato, de acordo com a sua categoria, seja de ato interno, externo, punitivo, ampliativo, etc. o motivo do ato, da mesma

forma, também deve ser compatível, não com a categoria do ato, mas com o objeto visado, buscando a coerência entre sua causa e efeito.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “*Na adequabilidade examina-se a pertinência categorial dos motivos com todo o ato; na compatibilidade, a relação específica dos motivos com o objeto do ato*”.⁷⁰

Por fim, o motivo do ato também deve guardar uma relação de proporcionalidade diante de seu objeto, pois entre os fins que busca e os meios que emprega e de forma qualitativa ou quantitativa.

Outra dimensão do mérito administrativo, limitando a discricionariedade, é a conveniência, que se relaciona com o objeto do ato, cuja escolha é norteadada pelos princípios da realidade e da razoabilidade.

Com relação à realidade, o objeto do ato deve ser possível; e, com relação à razoabilidade, o objeto do ato deve ter conformidade com a satisfação do fim público buscado pela norma de regência, em aceitável grau de eficiência.

Fora destes limites de conveniência à discricionariedade, o ato é inconveniente, e a opção discricionária inválida e pela incidência do princípio da realidade o objeto do ato deve ser possível, tanto física como juridicamente, em que no plano físico, o ato administrativo deve ser materialmente possível de ser praticado, e no plano jurídico, deve estar em conformidade com o direito.

Quanto à incidência do princípio da razoabilidade, o objeto do ato deve ter uma conformidade lógica entre a modificação que pretende implementar no universo jurídico, de forma imediata, com o interesse público que visa atingir de forma mediata. Nestes casos, a desconformidade enseja a hipótese de desvio de poder (ou de finalidade).

Assim, o objeto do ato, mesmo que atenda ao requisito da conformidade, deve ser eficiente, ou seja, deve atender de forma suficiente o interesse público para o qual foi praticado, cabendo ao Poder Judiciário a fiscalização deste requisito. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto expõe que:

“Não se trata de substituir, voltamos a esclarecer, a escolha da Administração pela escolha do Judiciário; a este Poder não cabe fazer opções administrativas (mérito), mas, sem dúvida, ele tem o dever de não permitir que elas se façam com violação da lei, ainda que indireta. Tampouco se trata de exigir uma única solução ótima possível, do juiz, como também já

⁷⁰ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Legitimidade e Discricionariedade**. Novas reflexões sobre os Limites e Controle a Discricionariedade. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Página 68.

examinamos, mas de zelar que a solução adotada não seja tão grosseiramente ineficiente que signifique o desprezo do dever de boa administração”.⁷¹

Enfim, o ato administrativo é privilégio somente da Administração Pública, ou seja, significa uma revelação unilateral de vontade, com os suas condições e pressupostos, que determinam todos os seus resultados quando é editado. Sendo assim, por força desse entendimento, o Poder Judiciário somente poderá analisar os aspectos formais do ato administrativo, como competência, finalidade e forma, vedando-se neste caso a análise do objeto.

Por conseguinte, o magistrado em momento algum deve substituir o administrador, mas também não pode e não necessita deixar de analisar o ato praticado sob o fundamento que este se encontra protegido, pelo manto da conveniência e da oportunidade, que será analisado com mais propriedade no próximo capítulo.

3.3 Os princípios da oportunidade e conveniência no mérito administrativo

Neste momento, é importante ressaltar o entendimento sobre os princípios basilares da Administração Pública, mais especificamente no que tange ao mérito dos atos administrativos, uma vez que a própria Administração está vinculada a sempre escolher os melhores meios para satisfazer o interesse público e não pode aventurar, devendo optar a melhor maneira para a prática de tais atos sejam considerados perfeitos e alcançando aos interesses da coletividade.

Entretanto, durante muitos anos, asseverou que o Poder Judiciário não poderia realizar o controle de mérito sobre os atos administrativos discricionários, uma vez que caberia exclusivamente à Administração Pública a formulação de juízos de conveniência e oportunidade dentro da esfera liberdade a ela conferida pela lei. Assim, nesse, ponderava o Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL. ATO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE OU ABUSO. INEXISTÊNCIA.

Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público.

⁷¹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Legitimidade e Discricionariedade**. Novas reflexões sobre os Limites e Controle a Discricionariedade. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Página 77.

Recurso ordinário desprovido." (STJ, SEXTA TURMA, RMS 14967/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 22.04.2003 p. 272)⁷²

Felizmente, com a nova interpretação sobre os princípios da oportunidade e conveniência, a doutrina e principalmente o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, começaram a mudar este entendimento e iniciaram uma nova fase para a aplicação do exame de atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Em especial, a oportunidade e conveniência são os dois requisitos basilares para que o judiciário possa adentrar no mérito do ato administrativo e torná-lo nulo com as devidas precauções e sempre observando no ato discricionário os princípios em comento, devendo obrigatoriamente devem trazer claros seus motivos.

Para a indagação da motivação, da causa e mesmo da finalidade do ato administrativo atacado em juízo, o magistrado precisa adentrar no seu mérito. Isso não significa afirmar que o Poder Judiciário usurpará da Administração Pública a análise sobre a conveniência e oportunidade da medida. Não. Mas essa conveniência e oportunidade devem se sujeitar à legalidade (em sentido amplo), competindo ao Judiciário, detentor do monopólio da jurisdição, verificar *in concreto* essa sujeição. Daí concluir-se com Celso de Mello.⁷³

Nada há de surpreendente, então, em que o controle jurisdicional dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio e, de resto, fundamental pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito.

De fato, a ser de outra sorte, não haveria como garantir-se a legitimidade dos atos administrativos. Ademais, como lembra Di Pietro: "*não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário*"⁷⁴.

Cauteloso à tendência doutrinária moderna, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento contrário ao acima relatado e assim começa a interpretar e decidir diferentemente sobre o entendimento da matéria:

⁷² Ementa: Recurso Ordinário desprovido - STJ, Sexta Turma, RMS 14967/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 22.04.2003 p. 272.

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004

"ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido." (STJ, SEGUNDA TURMA, REsp 429570 / GO ; Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219).⁷⁵

Diante do julgado acima descrito, elucida o quebra de paradigma ocorrido nos últimos anos, valendo a transcrição de parte do voto da Ministra Eliana Calmon:

"Ao longo de vários anos, a jurisprudência havia firmado o entendimento de que os atos discricionários eram insusceptíveis de apreciação e controle pelo Poder Judiciário. Tratava-se de aceitar a intangibilidade do mérito do ato administrativo, em que se afirmava, pelo fato de ser a discricionariedade competência tipicamente administrativa, que o controle jurisdicional implicaria ofensa ao princípio da Separação dos Poderes. Não obstante, a necessidade de motivação e controle de todos os atos administrativos, de forma indiscriminada, principalmente, os em que a Administração dispõe da faculdade de avaliação de critérios de conveniência e oportunidade para praticá-los, isto é, os atos classificados como discricionários, é matéria que se encontra, atualmente, pacificada pela imensa maioria da doutrina e, fortuitamente, aos poucos acolhida na jurisprudência de maior vanguarda. O controle dos atos administrativos, mormente os discricionários, onde a Administração dispõe de certa margem de liberdade para praticá-los, é obrigação cujo cumprimento não pode se abster o Judiciário, sob a alegação de respeito ao princípio da Separação dos Poderes, sob pena de denegação da prestação jurisdicional devida ao jurisdicionado. Como cediço, a separação das funções estatais, prevista, inicialmente, por Rousseau e aprimorada por Montesquieu, desde que se concebeu o sistema de freios e contrapesos, no Estado Democrático de Direito, tem se entendido como uma operação dinâmica e concertada. Explico: As funções estatais, Executivo, Legislativo e Judiciário não podem ser concebidas de forma estanque. São independentes, sim, mas, até o limite em que a Constituição Federal impõe o controle de uma sobre as outras, de modo que o poder estatal, que, de fato, é uno, funcione em permanente auto-controle, fiscalização e equilíbrio.

Assim, quando o Judiciário exerce o controle "a posteriori" de determinado ato administrativo não se pode olvidar que é o Estado controlando o próprio Estado. Não se pode, ao menos, alegar que a competência jurisdicional de controle dos atos administrativos incide, tão somente, sobre a legalidade, ou

⁷⁵ STJ, Segunda Turma - REsp 429570/GO - Rel. Min. Eliana Calmon - DJ 22.03.2004 p. 277 - RSTJ vol. 187 p. 219).

melhor, sobre a conformidade destes com a lei, pois, como se sabe, discricionariedade não é liberdade plena, mas, sim, liberdade de ação para a Administração Pública, dentro dos limites previstos em lei, pelo legislador. E é a própria lei que impõe ao administrador público o dever de motivação." (art. 13, § 2º, da Constituição do Estado de Minas Gerais, e art. 2º, VII, Lei nº 9.784/99).⁷⁶

Conclui-se que a discricionariedade é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei, ou seja, a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas, porém, válidas perante o direito.

Portanto, um poder que o direito concede à Administração Pública, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos, com a liberdade na escolha segundo os critérios de conveniência, oportunidade, próprios da autoridade, observando sempre os limites estabelecidos em lei, pois estes critérios não estão definidos na legislação.

Diante disso, a discricionariedade é sempre parcial e relativa, portanto não é totalmente livre, pois diante dos aspectos de competência, forma e finalidade que a lei impõe limitações, seria correto é dizer que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos subordinado aos limites da lei.

Portanto, o administrador para praticar um ato discricionário deverá ter competência legal para praticá-lo, deverá obedecer à forma legal para realizá-lo e deverá atender a finalidade que é o interesse público. Contudo, o ato tornará nulo se nenhum destes requisitos forem respeitados.

Assim, os atos administrativos devem sempre visar o interesse social ou interesse coletivo, não obedecendo estes parâmetros o ato tornará nulo, por desvio de poder ou finalidade, que poderá ser reconhecido ou declarado pela própria Administração ou Poder Judiciário (oportunidade e conveniência).

A fonte da discricionariedade é a lei, e quando a lei deixa lacunas, entra neste momento o ato de discricionariedade. Essa discricionariedade existe quando a lei expressamente a confere à Administração, ou quando a lei é omissa ou ainda quando a lei prevê determinada competência.

O âmbito da discricionariedade é bastante amplo, mas nunca total, pois são sempre vinculados à lei. Assim, o ato discricionário detém alguns elementos que vêm definidos na lei

⁷⁶Superior Tribunal de Justiça: Segunda Turma; REsp nº 429570/GO <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200200461108&dt_publicacao=22/03/2004>. Acesso em: 22 jan. 2013.

com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração, sendo que a discricionariedade deve sempre ser analisada sob os aspectos da legalidade e do mérito.

A palavra mérito, em sentido político, significa que o Estado tem a função de atender os interesses públicos, dentro dos limites da lei. O Estado tem como dimensões a oportunidade (elemento motivo) e a conveniência (elemento objeto), que compõem o mérito do ato administrativo. E a discricionariedade é o meio para que essa função de atender os interesses públicos específicos possa ser exercida pela Administração.

Com mesmo entendimento, o Supremo Tribunal Federal decide de forma clara, sendo que a motivação dos atos administrativos é também tomada como critério para a aferição de sua legalidade, conforme a Ementa transcrita abaixo:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRESSUPOSTO ESPECÍFICO DE RECORRIBILIDADE. A parte sequiosa de ver o recurso extraordinário admitido e conhecido deve atentar não só para a observância aos pressupostos gerais de recorribilidade como também para um dos específicos do permissivo constitucional. Longe fica de vulnerar o artigo 6º, parágrafo único, da Constituição de 1969, acórdão em que afastado ato administrativo praticado com abuso de poder, no que revelou remoção de funcionário sem a indicação dos motivos que estariam a respaldá-la. Na dicção sempre oportuna de Celso Antonio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível" (Discricionariedade e Controle judicial). (STF, Segunda Turma, RE 131661 / ES, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Publicação: DJ 17-11-1995 PP-39209 EMENT VOL-01809-06 PP-01393)⁷⁷

Portanto, o mérito sintetiza no resultado e a discricionariedade é o meio, e ambos se relacionam com o princípio da legalidade, onde é composto de dois elementos: o motivo (oportunidade), que é o pressuposto de fato ou de direito, que possibilita ou determina o ato administrativo; e o objeto (conveniência), que é a alteração jurídica que se pretende introduzir nas situações e relações sujeita à atividade administrativa do Estado.

A oportunidade e a conveniência têm função de integrar os elementos motivos e objetivo dentro dos limites do mérito, sendo que a natureza jurídica da discricionariedade é o poder-dever da Administração Pública, e o mérito é o resultado deste exercício regular a discricionariedade.

⁷⁷ Supremo Tribunal Federal - Segunda Turma, RE 131661/ES, Relator Ministro. Marco Aurélio, Publicação: DJ 17-11-1995. < <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em: 22 jan. 2013.

O objetivo principal da discricionariedade é o bem a ser administrado, e os administradores não podem se desvincular desse objetivo sob pena de anular tais atos, por caracterizar uma ilegalidade.

Para se evitar vícios de finalidade, foi necessário criar limites à discricionariedade, por ação ou omissão por parte do administrador. Entende-se que o desvio de finalidade ou insatisfação da finalidade descumpra a vontade da lei, cuja finalidade é a satisfação do interesse público específico.

Esses limites visam à prática do controle, e esta prática está relacionada às dimensões da oportunidade (motivo) e conveniência (objetivo), conforme acima já explanado.

Os princípios da realidade e razoabilidade estão vinculados com os atos discricionários, sendo que o princípio da realidade disciplina a convivência real entre os homens e seus atos devem ser sustentados por uma norma. E a Administração deve apresentar condições mínimas para cumprir a finalidade de satisfação do interesse público.

O princípio da razoabilidade confere que, a Administração deve atuar de modo racional e afeiçoar ao senso comum das pessoas, tendo em vista a competência recebida para tal prática, aplicando a todas as situações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas e com avaliação adequada da relação custo-benefício.

Este princípio funciona como meio de controle dos atos estatais, através da contenção dos mesmos dentro dos limites razoáveis aos fins públicos, garantindo a legitimidade da ação administrativa em prol da coletividade e ao interesse público.

Estes dois princípios condicionam a oportunidade, que é o requisito exigido para a satisfação dos motivos. Oportuno é o ato administrativo que compõe os pressupostos de fato e de direito e deve existir um motivo para ensejar a prática de um ato, e este motivo deve estar dentro da realidade, e os objetivos visados precisam estar dentro da razoabilidade, para que se tornem aceitáveis a prática de determinado ato.

Para ser admissível tal ato, deve este ter existência do motivo suficiente para a sua criação, ou seja, deve haver ensejos e pressupostos suficientes para a realização do ato administrativo, em que a adequação do motivo e compatibilidade do motivo, finalizando na proporcionalidade do motivo.

Assim, um ato é conveniente quando seu conteúdo jurídico produz um resultado que atenda à finalidade pretendida que é a satisfação ao interesse público.

Os requisitos mínimos para a conveniência à discricionariedade estão ligados aos princípios da realidade e da razoabilidade, para que o ato satisfaça a sua finalidade. No que tange a realidade o objeto deve obrigatoriamente ser possível, ou seja, lícito, além de estar

dentro do ordenamento jurídico, não podendo o objeto violar qualquer norma constitucional, sob pena de caracterizar vício de finalidade.

Por fim, o objeto deve ser compatível com a finalidade a ser atingida. As decisões devem ser eficientes para satisfazer a finalidade da lei que é o interesse público, e a administração esta obrigada a sempre escolher os melhores meios para satisfazer o interesse público e não pode arriscar, devendo escolher a melhor maneira para práticas de tais atos, sendo que a eficiência deve ser considerada um limite da discricionariedade.

Por fim, diante das decisões acima descritas pelo STJ e STF, concluímos que a frente aos entendimentos supra mencionados mais recentes, o dogma da intangibilidade do cerne dos atos administrativos discricionários pelo controle do Poder Judiciário permanece alterado, revelando-se atrelada à própria noção de Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais, ao finalizar a presente investigação, pode-se concluir de forma sucinta às hipóteses que se associaram à problemática da pesquisa e a sua importância para o entendimento ao adentrar no exame do mérito de atos do administrativo serem revistos pelo Poder Judiciário. Sendo que o objetivo inicial foi buscar um entendimento sobre a verificação dos limites de intervenção do Judiciário sobre o âmbito administrativo, com ação direta no mérito de suas sentenças.

Assim, a partir deste entendimento, o foco do trabalho recaiu sobre uma análise crítica sobre a atuação do administrador público, que se utiliza de forma ilegal e arbitrária de suas prerrogativas de direito em detrimento do indivíduo pelos agentes públicos (políticos, administrativos e colaboradores), usurpando os princípios basilares constitucionais, sendo assim, determina-se que todo e qualquer litígio poderá utilizar-se do poder judiciário para uma decisão, onde o Estado atuará de forma imparcial, justa e legal.

Ademais, diante do sistema jurídico brasileiro, é necessário para que a máquina administrativa ou estatal tenha parâmetros e princípios para que a sua atuação se dê de forma equitativa e justa, buscando sempre a sua finalidade, qual seja, o bem social, pois a não observação de tais requisitos acarretará na ilegalidade da norma sobre o ato arbitrário.

Desta forma, foi analisada a inércia e omissão do Judiciário perante as inúmeras lacunas na Lei, onde se faz necessário impetrar por qualquer sujeito com capacidade postulatória a utilizar-se do remédio constitucional do Mandado de Injunção.

Ainda sobre esse tema, observa na ocorrência de lacunas na lei, a utilização na Constituição Federal por impetrar o Mandado de Injunção, servindo fazer valer certos direitos não amparados por uma norma legal. Diante deste quadro, enquanto não for editada esta lei regulamentadora sobre um determinado assunto no Mandado de Injunção, este tornará em mora, tendo em vista o vazio legislativo.

Vale ressaltar que não pode confundir o remédio constitucional com a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIN), pois sobre esta última já existe uma lei regulamentadora, que ao se reportar ao Judiciário (STF), sendo que o mesmo avaliará e declarará a sua inconstitucionalidade legal, diferentemente do Mandado de Injunção, que exige uma norma regulamentadora ainda não aplicada.

Na esteira desse pensamento, foi abordado realização do estudo sobre o tema Ativismo Judicial. Ressaltando que na mora do Poder Legislativo torna-se necessário ao

judiciário o cumprimento de suas funções, qual seja oferecer um deslinde na pretensão requerida.

Contudo, o Poder Judiciário por não possuir normas legais para determinados casos de repercussão geral, deu início à sistemática pós-positivista aplicando de forma atípica e legislando sobre a omissão de uma lei.

Ainda sobre o Ativismo Judicial pode-se concluir que no Brasil, é considerado como um país que tem um Supremo Tribunal Federal atuante, mas que se mantém dentro dos marcos institucionais. Assim sendo, o Ativismo Judicial é o que se espera do judiciário no cumprimento de seus deveres.

Corroborando com tal assertiva, conclui-se que um Poder Judiciário que não é ativista, por si só, é omissor. Com isso, é prerrogativa do Supremo Tribunal Federal firmar as regras, bem como as soluções de um jogo democrático, sendo sua função precípua a imposição de limites.

No intuito de complementar a presente Dissertação, é conveniente a forma atípica do judiciário, sendo observado a relevante importância da aplicação dos princípios constitucionais, em especial, o princípio da legalidade, pois, sem este torna-se nulo todo o procedimento legislativo, seja ele em sua forma típica ou atípica.

Com a finalidade de arrematar tais discussões, destaca-se a pontos de extrema relevância para a melhor aplicação ao Direito Administrativo, lançando bases que confirmam a possibilidade de reexame sobre o mérito em determinados casos, especificamente no que tange a oportunidade e conveniência. Desta forma, relata-se que deverá ser obrigatória, além de observar seus princípios constitucionais, o fato sobre o interesse público e as consequências que geram sobre nos indivíduos.

Sabe-se que o interesse público predomina sobre o particular, e neste momento deve o Poder Judiciário criar normas balizadoras, sempre respeitando os princípios constitucionais em favor da coletividade, contudo observando as peculiaridades, em especial, a sua forma, desde a criação do ato administrativo chegando até o momento de sua finalidade, ou seja, atender o interesse público.

Sendo assim, os princípios constitucionais, deverão ser obrigatoriamente observados e desempenhados, pois caso contrário gerará nulidades e arbitrariedades perante os administrados, pela falta de elementos e requisitos que a Administração Pública terá que cumprir sob pena de ver toda a sua ineficiência administrativa ser agora analisada e julgada em seu mérito pelo Poder Judiciário, utilizando pelos princípios da oportunidade e conveniência.

Ainda que a pluralidade de entendimentos por parte da doutrina moderna seja oposta, conclui-se que o mérito do ato administrativo pode e deve ser analisado pelo Poder Judiciário, haja vista que é imperiosa a verificação, além do mais, não poderá usurpar-se o que instrui a Constituição Federal.

Após toda a presente explanação constata-se que o Estado Democrático de Direito dotou o Poder Judiciário, na separação de função dos Poderes, de um dever indelegável de manter incólume a unidade da Constituição, podendo para tanto adentrar ao controle de mérito do ato administrativo discricionário para que ele não se desgarre dos princípios objetivos e das normas fixadas pela Constituição como um poder-dever do administrador público.

Assim, os conceitos de conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário já não mais são vistos como um enigma jurídico, pois vinculados aos dogmas constitucionais. Portanto, quando da execução do ato discricionário, o administrador público deverá motivá-lo em conformidade com o que vem estabelecido na Constituição Federal.

Há, portanto, uma visão nova de que o ato administrativo discricionário é uma prerrogativa da função em vez do poder, com a plena expansão do controle jurisdicional para todas as decisões internas, independentemente se ela é discricionária ou não.

Esta nova visão deve-se ao compromisso constitucional a que todos os homens públicos estão vinculados quando da realização de seus atos, bem como a garantia objetiva de proteção aos direitos fundamentais da parte, que deixou de ser vista como um administrado, mero objeto do poder, para ser destinatário de direitos e garantias individuais.

O pleno e eficaz exercício constitucional que estabelece a referente Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo submete e adiciona a responsabilidade, via de consequência, dilata o dever do Poder Judiciário de vigiar se a Administração Pública, de todos os Poderes, está atingindo atos em conformidade com as normas e princípios constitucionais.

Diante disso, o poder-dever dos Tribunais não representa uma ineficaz intromissão no Poder alheio, pois como visto antes, já não prevalece mais o “mito” construído por Montesquieu, da ampla, geral e irrestrita divisão dos Poderes.

Na atual dogmática constitucional, os poderes são constituídos para repartirem desempenhos, que serão sempre disciplinadas e regradas pela Constituição.

Dessa forma, qualquer ato administrativo suporta o controle direto dos princípios objetivos e das normas constitucionais, sem que com isto haja uma indesejada alteração da independência de um Poder sobre o outro.

Por fim, pode-se concluir que, adentra-se ao ato administrativo discricionário, que não poderá ficar livre ao controle judicial, principalmente quando abranger o critério de conveniência e de oportunidade, pois a verdadeira liberdade versa em fazer tudo aquilo que a Constituição estabelece e com este eficaz controle do mérito do ato administrativo, não se está cerceando a Administração Pública, apenas o Poder Judiciário conserva ativa a unidade da Constituição, quando estabelece que se exerçam os princípios e as respeitantes normas da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

_____. **Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010**. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12232.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

_____. **Lei 7783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 53/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASO DREYUS – **O mais famoso erro judiciário de todos os tempos**. Disponível em: <<http://www.elfez.com.br/elfez/Dreyfus.html>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DI LORENZO, Wambert Gomes. **Discricionariedade Administrativa e controle Judicial**, 2008, Revista Em Tempo, Revista da área de direito do UNIVEM, – ed.Científica.

_____, **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____, **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____, **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1967.

FIGUEIROA, Afonso Garcia, **A teoria do direito em tempos de constitucionalismo**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, n. 4, p. 77-102, out./dez. 2007

GONZALES, Douglas Camarinha, **Competência Legislativa dos entes federados; Conflitos e interpretação constitucional**, 2011, Dissertação (Mestrado em Direito), USP – Faculdade de Direito de São Paulo, SP.

_____, **Competência Legislativa dos entes federados; Conflitos e interpretação constitucional**, 2011, Dissertação (Mestrado em Direito), USP – Faculdade de Direito de São Paulo, SP.

GORDILLO, Augustin. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MACHADO, Edinilson Donisete – **Ativismo Judicial: Limites institucionais democráticos e constitucionais**. 1ª ed. São Paulo – Letras Jurídicas, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito constitucional tributário**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____, **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____, **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron. ***O espírito das leis***: as formas de governo, federação, a divisão dos poderes, presidencialismo *versus* parlamentarismo. 6. Ed. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo, Saraiva, 1999

_____, ***O espírito das leis***: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Legitimidade e Discricionariedade**. Novas reflexões sobre os Limites e Controle a Discricionariedade. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO Junior, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Ativismo judicial**: paradigmas atuais. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

RAMOS, Elival Silva. **Parâmetros dogmáticos do Ativismo Judicial em matéria constitucional**. 2009. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP).

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo do Brasil**: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. nº 9, Belo Horizonte, jan/mar 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

ZANCANER, Weida. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. I.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.